

Bruno Miragem

CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR

- Fundamentos do direito do consumidor
- Direito material e processual do consumidor
- Proteção administrativa do consumidor
- Direito penal do consumidor

Prefácio

CLAUDIA LIMA MARQUES

6.ª edição

revista, atualizada e ampliada



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora Responsável

MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo

JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial

Coordenação

DANIEL CESAR LEAL DIAS DE CARVALHO

Analistas de Operações Editoriais: Aline Almeida da Silva, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, Gabriel Henrique Zeledon Salas, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Maria Eduarda Silva Rocha e Mauricio Zednik Cassim

Qualidade Editorial e Revisão

Coordenação

LUCIANA VAZ CAMERA

Analistas de Qualidade Editorial: Carina Xavier Silva, Cinthia Santos Galarza, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

Analistas Editoriais: Daniele de Andrade Vintecinco e Mayara Crispim Freitas

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Miragem, Bruno
Curso de direito do consumidor / Bruno Miragem. – 6. ed. rev., atual.
e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Bibliografia.
ISBN 978-85-203-6854-1

1. Consumidor – Leis e legislação I. Título.

16-02240

CDU-34:381.6(81)(094.4)

Índices para catálogo sistemático: 1. Consumidor : Direito 34:381.6(81)(094.4)
2. Direito do consumidor 34:381.6(81)(094.4)

Bruno Miragem

CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR

- Fundamentos do direito do consumidor
- Direito material e processual do consumidor
- Proteção administrativa do consumidor
- Direito penal do consumidor

Prefácio

CLAUDIA LIMA MARQUES

6.ª edição

revista, atualizada e ampliada

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

CURSO DE DIREITO DO CONSUMIDOR

- Fundamentos do direito do consumidor
- Direito material e processual do consumidor
- Proteção administrativa do consumidor
 - Direito penal do consumidor

BRUNO MIRAGEM

Prefácio

CLAUDIA LIMA MARQUES

6.^a edição

revista, atualizada e ampliada

1.^a edição: 2008; 2.^a edição: 2010; 3.^a edição: 2012; 4.^a edição: 2013; 5.^a edição: 2014.



© desta edição [2016]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMS

Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda

Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450

CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT

(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Visite nosso site: www.rt.com.br

Impresso no Brasil [06-2016]

Universitário (texto)

Fechamento desta edição [29.03.2016]



ISBN 978-85-203-6854-1

À minha família.

Ao Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON.

É com muito prazer que apresento este excelente livro da lavra de um dos mais brilhantes e talentosos juristas gaúchos: Bruno Miragem. Vem intitulado simplesmente de *Direito do Consumidor*, mas se trata, sem dúvida, de uma das principais contribuições ao direito do consumidor brasileiro recente.

Bruno Miragem, competente, renovador e instigante jurista, já dispensa apresentações, reconhecido e respeitado pelas belas publicações, seja na *Revista dos Tribunais*¹ e na *Revista de Direito do Consumidor*,² em livros coletivos,³ bem como coautor de nossos *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, no qual dividimos a autoria com o brilhante amigo Antônio Herman Benjamin.⁴

Jurista engajado, integra a atual Diretoria do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon, tendo sido Secretário-Geral e Vice-Presidente desta entidade decisiva no estudo e na promoção do direito do consumidor no Brasil. Mestre e Doutor pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, deu-me a honra e o prazer de orientá-lo nestes dois estudos, que alcançaram a excelência acadêmica, feito repetido nesta obra.

Bruno Miragem oferece agora, no presente livro, uma visão original e renovadora do direito do consumidor como um todo, superando e unindo as análises pontuais antes realizadas. Alia um profundo exame de aspectos próprios desta área do direito e do Código de Defesa do Consumidor, com a feliz análise dos institutos de direito privado, de direito penal, de direito administrativo e de direito processual, tão importantes para a compreensão deste microsistema de proteção do consumidor. Com visão prática de advogado e teórica profunda de doutrinador, Bruno Miragem encanta em nova e sólida obra geral sobre direito do consumidor.

-
1. Veja MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito. Ilícitude objetiva no direito privado brasileiro. *RT*, v. 842. São Paulo: RT, dez. 2005, p. 11-44.
 2. Veja os instigantes artigos, MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43. São Paulo: RT, 2002, p. 111-133 e MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 56. São Paulo: RT, 2005, p. 26ss.
 3. Veja, na obra organizada pelo Brasilcon, *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*, PFEIFFER, Roberto, ALMEIDA, João Batista de Almeida, MARQUES, Claudia Lima, RT, São Paulo, 2006, com trabalho intitulado "Cláusulas abusivas nos contratos bancários e a ordem pública constitucional de proteção do consumidor" e nos livros organizados por mim, *O novo Direito Internacional – Homenagem à Erik Jayme*, com Nádia de Araújo, Renovar, Rio de Janeiro, 2005 e *A nova crise do contrato – Estudos sobre a nova teoria contratual*, RT, São Paulo, 2006, além de outras coletâneas.
 4. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

Efetivamente, passados 18 anos da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, ressentia-se o direito do consumidor da publicação de obras gerais, que abrangessem a totalidade dos institutos e da complexidade da matéria. Aqui está resposta para este anseio do mercado editorial brasileiro, uma bela reflexão geral, ao mesmo tempo acessível a estudantes e profissionais, estes seu público alvo principal, uma vez que cotidianamente desafiados pelas lides decorrentes das relações de consumo. Assim como outras obras que recentemente foram apresentadas ao cenário jurídico brasileiro,⁵ esta busca preencher tal lacuna e ajudar na evolução do direito do consumidor no século XXI. Bruno Miragem, em minha opinião, o faz com grande sucesso.

A obra vem dividida em cinco partes. Na primeira delas, intitulada *Fundamentos do Direito do Consumidor*, o autor dedica-se com maestria ao estudo das origens do direito do consumidor, seus fundamentos constitucionais no Brasil – em especial destacando o estudo dos reflexos do direito fundamental a defesa do consumidor, consagrado no artigo 5º, XXXII, da Constituição. Igualmente, examina as relações do direito do consumidor e de outras disciplinas jurídicas, os princípios deste novo ramo do direito, bem como o polêmico âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, analisando pormenorizadamente, os elementos da relação de consumo.

Na segunda parte, a que o autor denomina de forma original de *Direito Material do Consumidor*, analisa em detalhes os direitos básicos do consumidor, sua proteção contratual, assim como os regimes de responsabilidade do fornecedor previstos no CDC, do fato do produto e do serviço e do vício do produto e do serviço, e por fim, sua relação com o regime geral da responsabilidade civil em direito privado.

Na terceira parte, dedica-se ao *Direito Processual do Consumidor*. Com profundidade, o autor estuda as principais características das normas processuais do CDC, tanto as que disciplinam a defesa individual do consumidor em juízo, quanto às pertinentes à tutela coletiva do consumidor. E nas relações destas normas com o Código de Processo Civil e outras leis (como a Lei da Ação Civil Pública), Bruno Miragem propõe a aplicação da teoria do diálogo das fontes (Erik Jayme).⁶ Aqui a teoria do diálogo das fontes vem estruturada a partir do paradigma de convivência entre as normas do CDC e do Código Civil de 2002, também para a disciplina do processo civil, dando ênfase à necessidade de assegurar-se, por intermédio do processo, a efetividade dos direitos dos consumidores. Não se descarta o autor, ao examinar o processo civil do consumidor, de aspectos práticos tão importantes a estudantes, advogados e magistrados que, no cotidiano de sua atuação profissional, são desafiados por novas questões, ainda hoje.

5. Veja MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2007.

6. Assim a teoria de Erik Jayme, em seu Curso de Haia, de 1995: JAYME, Erik. *Integración culturelle et integración. Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, t. 251, II, 1995, p. 251. E que tive a oportunidade de desenvolver na introdução de nossos comentários: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed., p. 30. E em MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo 'diálogo das fontes'. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002 – Convergências e assimetrias*. In: Roberto A. C. Pfeiffer e Adalberto Pasqualotto (coords.). São Paulo: RT, 2005, p. 11-82.

Na quarta parte, o autor apresenta a *Proteção Administrativa do Consumidor*, tratando do papel e as competências da Administração Pública na realização da defesa do consumidor. Aqui Bruno Miragem faz um exame aprofundado e crítico da atuação das agências reguladoras e da atividade de regulação econômica como um todo no Brasil, e a necessária exigência constitucional de proteção do consumidor.

Por fim, a quinta parte, o autor a dedica ao *Direito Penal do Consumidor*, estudando tanto as razões para criminalização das infrações aos direitos dos consumidores, os tipos penais previstos no CDC, quanto também aqueles que derivam de legislação dos crimes contra a ordem econômica, muito especialmente a Lei 8.137/1990, bem como aspectos práticos da tutela penal dos interesses do consumidor.

Em resumo, uma análise balanceada e feliz de todo o Direito do Consumidor, de seus principais desafios dogmáticos e práticos, propostos hoje ao intérprete. Como este já é o terceiro livro que prefacio de Bruno Miragem, permitam-me, não apenas elogiar a obra, mas lembrar o caminho brilhante de seu autor.

Bruno Nubens Barbosa Miragem foi sempre um acadêmico ímpar e destacado, foi meu pesquisador de iniciação científica, com Bolsa BIC da PROPESQ-UFRGS. Suas pesquisas foram premiadas por quatro vezes, ainda aluno da UFRGS (III e IV "Salão de Iniciação Científica do Direito, Faculdade de Direito UFRGS", "XII Salão de Iniciação Científica UFRGS" e IV Congresso Brasileiro do Brasilcon-Acadêmico sobre Direito do Consumidor/UFGM). Seu talento, capacidade de trabalho e de engajamento, aliados a uma forte simpatia e inteligência fizeram de sua passagem na UFRGS, um momento memorável.

Formado, e já Especialista em Direito Civil e Mestre em Direito Civil pela UFRGS, foi selecionado como professor substituto da UFRGS, onde por dois anos atuou fortemente. Alcançou a posição de Vice-líder de meu Grupo de Pesquisa CNPq "Mercosul e Direito do Consumidor", por sua firme e generosa liderança, sua vocação acadêmica e idealista visão de futuro. Homenageado pelos alunos, alcançou sete prêmios de iniciação científica como coorientador. Trabalhou no Ministério da Justiça e depois no Governo do Estado do Rio Grande Sul. Retornando à sua *alma mater*, UFRGS, concluiu com a nota máxima e voto de louvor o Doutorado (em livro sobre abuso de direito indicado pela Banca para melhor tese do ano para a CAPES-MEC). Formou-se ainda como Especialista em Direito Internacional pela UFRGS, e foi fundador e Coordenador Acadêmico no Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais da UFRGS. Hoje é Professor convidado dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil, Direito Internacional e Direito do Consumidor na UFRGS, sendo Professor de Direito Civil do UNIRITTER/RS e da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.

Bruno Miragem é, antes de tudo, uma pessoa muito especial: brilhante e generoso, sábio e perspicaz, um amigo e um excelente colega, engajado e fiel, um grande vencedor.

Destaque-se ao fim, que são inegáveis as virtudes da presente obra, que chega em excelente hora, consolidando conquistas e apontado caminhos de futuro. Trata-se de um dos melhores exames, completo e profundo da complexa realidade do direito do consumidor brasileiro. É uma análise sólida e útil a estudantes, advogados, magistrados, membros do Ministério Público e todos aqueles que buscam conhecer mais da rica e dinâmica realidade do direito do consumidor no Brasil.

Desejo a todos, uma boa leitura e a Bruno Miragem que continue sua carreira de sucesso e nos encante em muitas futuras obras, belas e renovadoras, como esta.

Porto Alegre, abril de 2008.

CLAUDIA LIMA, MARQUES

Professora Titular da UFRGS. Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Ex-Presidente do Brasilcon. Diretora da *Revista de Direito do Consumidor* (publicada pela Editora RT). Membro da Diretoria Executiva da *Association Internationale de Droit de la Consommation*, Bruxelas.

NOTA DO AUTOR À 6ª EDIÇÃO

A reedição de uma obra é sempre motivo de grande satisfação para o autor. Como regra, sinal de sua boa aceitação e interesse daqueles a quem se destina. No caso de um curso com caráter acadêmico, mas que buscando seguir o exemplo das boas obras jurídicas, também se prende a uma visão prática dos institutos que examina, acompanha também a exigência de permanente atualização do estado da arte de seu objeto de estudo, da legislação, jurisprudência, e das questões cujas respostas ainda estão por serem dadas.

Nesta 6ª edição, alguns aspectos da atualização merecem ser destacados, na marca dos 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, o advento de um novo Código de Processo Civil impôs ampla revisão na parte III da obra, pertinente ao direito processual do consumidor. São inovações importantíssimas aos que atuam nos foros com o direito do consumidor, desde a previsão de novos procedimentos até o redesenho de institutos clássicos do processo civil, orientados pela promoção de sua efetividade e íntima vinculação ao direito material.

Porém, com outros vários aspectos buscou-se ampliar a presente edição. Examinou-se a vulnerabilidade agravada de analfabetos e deficientes nas relações de consumo. Ampliou-se o exame das práticas abusivas e suas repercussões para o consumidor. No âmbito da publicidade, examinou-se a questão difícil da publicidade infantil e sua disciplina jurídica, assim como da publicidade comparativa.

No domínio da disciplina da *internet*, continuamente surgem inovações nos modelos de negócio dignos de atenção pelo direito do consumidor. Alguns destes novos modelos, especialmente associados à chamada economia do compartilhamento, são objetos de estudo.

Anote-se, ainda, que a jurisprudência brasileira, especialmente em face da utilização dos instrumentos de resolução de recursos repetitivos, já previsto nas últimas reformas do Código de Processo Civil anterior, e ora ampliados pelo novo Código, vem firmando entendimento sobre diversas questões difíceis do direito do consumidor, nem sempre ajustado com o que se sustenta em termos doutrinários. Porém, o exame crítico e compreensivo destas decisões merece acolhida nesta edição, como não poderia ser diferente.

Espera-se continuar alcançando com esta Curso de direito do consumidor, em sua 6ª edição, os objetivos que lhe permitiram granjear a melhor atenção do público em todos estes anos. Qual seja, oferecer um exame útil e aprofundado do direito do consumidor brasileiro, com o equilíbrio próprio da ciência do direito e o compromisso ético de realização do direito fundamental de defesa do consumidor consagrado pela Constituição da República.

NOTA DO AUTOR À 5ª EDIÇÃO

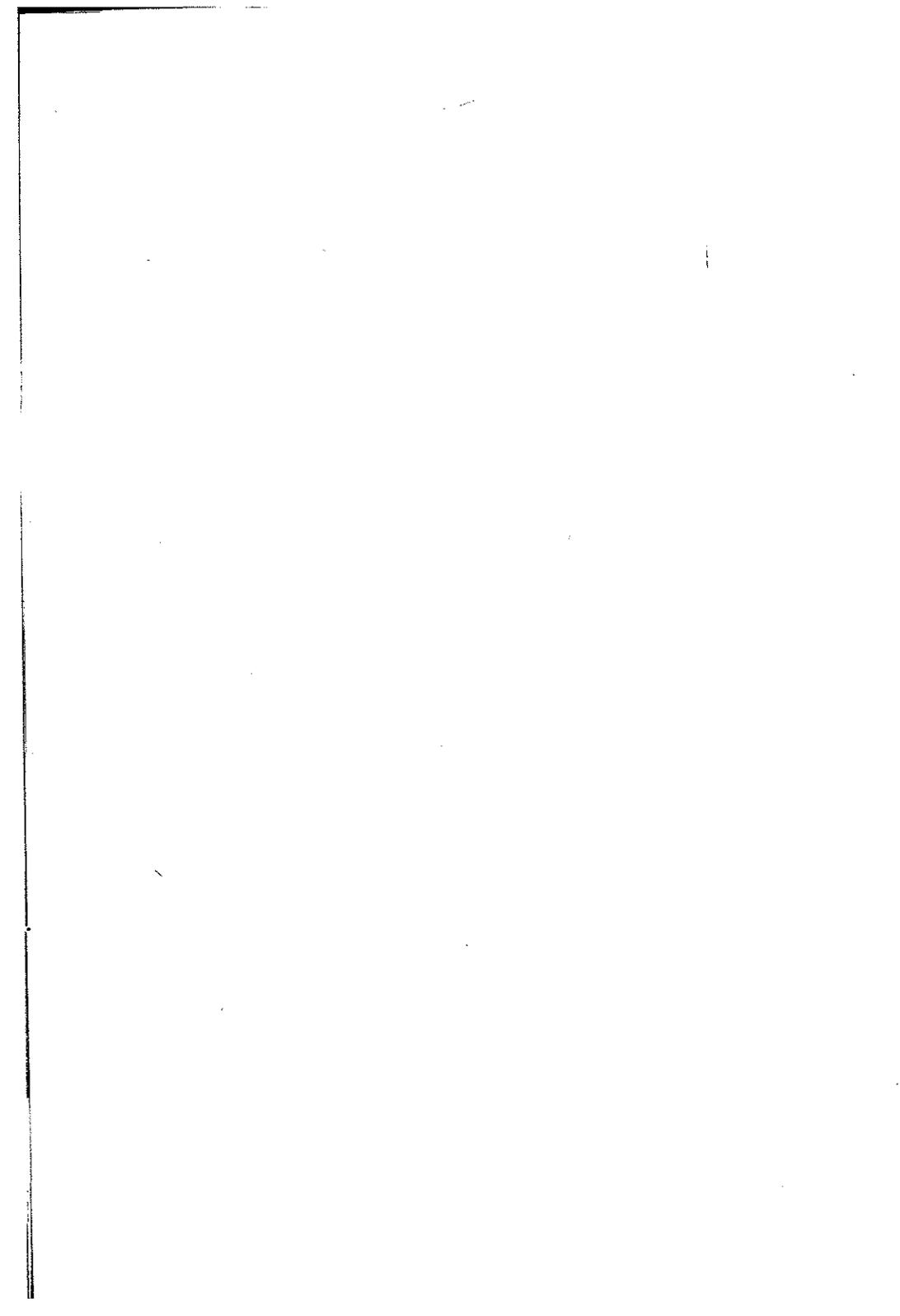
Com satisfação, chega-se à 5ª edição deste *Curso de Direito do Consumidor*. E neste sentido, busca-se atualizá-lo em vista da jurisprudência e doutrina que se seguiram a sua última edição. Com especial destaque para a edição da Lei 12.965/2014, o denominado "Marco Civil da Internet", e sua repercussão para o direito do consumidor. Do mesmo modo, busca-se ampliar o rol dos contratos de consumo em espécie, objeto de exame, incluindo-se no rol, os contratos de serviços de telecomunicações.

Refira-se ainda, as discussões atuais, no direito brasileiro, sobre a disciplina da publicidade e seus limites, em vista da proteção do consumidor.

Espera-se, assim, poder-se manter esta obra como útil fonte de consulta sobre o direito do consumidor brasileiro assim como fomentar o debate sobre as questões intrincadas sobre esta disciplina jurídica essencial.

Gramado, maio de 2014.

BRUNO MIRAGEM



NOTA DO AUTOR À 4ª EDIÇÃO

Bem impressiona e anima a aceitação de nosso trabalho pelo público brasileiro. Daí porque chegando rapidamente a sua 4ª edição, a homenagem aos que confiam e exaltam a credibilidade do presente estudo se traduz no cuidado de mantê-lo útil e atualizado para todos que tenham interesse profissional e acadêmico pelo direito do consumidor brasileiro. Para tanto, a presente edição é revista e ampliada no tocante à jurisprudência vigente e doutrina mais atualizada. Da mesma forma, no tocante aos contratos de consumo, há a preocupação de incorporar novos temas relevantes à dinâmica do mercado e à necessidade de proteção dos consumidores. E no campo da responsabilidade civil do fornecedor, se busca identificar, sempre com a devida análise crítica que reclama uma obra científica como esta que aqui se apresenta, das evoluções e involuções do entendimento dos tribunais brasileiros acerca da efetividade dos direitos do consumidor.

Refira-se, ainda, no tocante à defesa administrativa do consumidor, a criação da Secretaria Nacional do Consumidor pelo Decreto 7.738/2012, sucedendo o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, do Ministério da Justiça, nas atribuições de coordenação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Os desafios da proteção do consumidor em um mercado de consumo em constante transformação, cada vez mais globalizado e dinâmico, permanecem atuais. E da mesma forma o desafio da efetivação dos direitos dos consumidores, tanto na prevenção e reparação efetiva dos danos de massa, quanto o equilíbrio entre a utilidade legitimamente esperada para ambos os contratantes no contrato de consumo, e a necessidade de proteção do vulnerável, conciliando sua funcionalidade individual e social.

Que se mantenha esta obra auxiliando na compreensão desta renovadora e impactante disciplina jurídica, o direito do consumidor. E na busca de soluções jurídicas inovadoras para problemas contemporâneos do consumo de massa. Porém, sempre assentadas no sólido terreno da tradição e desenvolvimento histórico do direito brasileiro, desde sua origem aos dias atuais.

Porto Alegre, dezembro de 2012.

BRUNO MIRAGEM



NOTA DO AUTOR À 3ª EDIÇÃO

Com satisfação verifica-se uma vez mais, o rápido esgotamento da edição desta obra, de modo que, passado pouco mais de um ano, nova edição seja colocada no mercado. Os desafios a compreensão e efetividade dos direitos do consumidor continuam atuais. E cada vez mais é preciso enfrentá-los com o aprofundamento técnico e o olhar atento às constantes transformações do mercado de consumo.

Esta 3ª edição apresenta-se com este propósito. Foi mantida, naturalmente, a estrutura original da obra. É aprofundado o exame da jurisprudência e da doutrina, com a respectiva atualização, como é de praxe, indicando inclusive, os aspectos em que não se observa interpretação uniforme, de modo a dialogar com os diversos entendimentos existentes. Aliás, como recomenda a isenção científica que se espera de um Curso – sem deixar, contudo, de apresentar o pensamento deste autor sobre as questões abordadas.

Da mesma forma, desenvolve-se nesta edição, tema que a experiência vem demonstrando de grande utilidade e importância prática, qual seja, a repercussão crescente que o direito do consumidor e suas normas vêm adquirindo na regulação do mercado, aplicando-se conjuntamente, ou inspirando a aplicação de outras normas jurídicas. Parte-se da premissa que o direito do consumidor e suas normas pertencem a um mesmo sistema que outras de ordenação do mercado, como as do direito da concorrência, as que disciplinam a propriedade intelectual, os direitos autorais e a proteção do meio ambiente. Dedicar-se, esta edição, a ampliar o exame da relação dessas várias matérias com o direito do consumidor, identificando convergências e possíveis tensões. É preciso compreender o todo para melhor se entender cada parte que compõe a disciplina jurídica do mercado brasileiro e suas transformações globais.

Da mesma forma, desde a última edição desta obra, novas e importantes leis surgiram no cenário jurídico brasileiro. Duas, especialmente, têm relação direta com os direitos do consumidor, e por isso mereceram exame mais atento. Primeiro, a Lei 12.414/2011, que instituiu os bancos de dados de informações de adimplimento e histórico de crédito, mais conhecida como lei do “cadastro positivo”, tal qual – fora da melhor técnica – a denominou a imprensa e os diversos setores do mercado. Ciente de sua origem conturbada e polêmica, seu exame revela o desejo de que se cumpram as promessas que sobre ela foram feitas, e de que os riscos que muitos – inclusive este autor – anteviram em face da sua promulgação, não se realizem, de modo que sejam agradavelmente surpreendidos pela realização de seu divulgado objetivo: a redução dos juros na concessão de crédito aos consumidores.

Uma segunda lei de grande importância foi promulgada no final de 2011, após longa tramitação legislativa e grande expectativa de todos – consumidores, fornecedores e demais agentes econômicos do mercado. A Lei 12.529/2011, que cria o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, substituiu a antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/1994), aperfeiçoando a estrutura existente, tanto da repressão e prevenção às infrações contra a ordem econômica,

quanto do controle dos atos de concentração pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Eis mais uma promessa legislativa, que pelos vínculos bem marcados entre o direito do consumidor e o direito da concorrência, mereceu, nesta edição, um exame mais aprofundado.

É necessário mencionar, ainda, a atualização legislativa que se ensaia em relação ao próprio Código de Defesa do Consumidor, quando ele rompe a barreira dos seus vinte anos de vigência. No curso de 2011, uma comissão de renomados juristas, nomeados pelo Presidente do Senado Federal, apresentou três anteprojetos de lei contemplando inovações legislativas, com o objetivo de regular questões específicas atinentes ao comércio eletrônico e ao superendividamento dos consumidores, assim como o aperfeiçoamento de alguns aspectos da disciplina processual da tutela coletiva prevista no Código. Bem conhecendo as vicissitudes do processo legislativo, ainda é cedo para dizer o que, de todo o proposto, irá de fato tornar-se lei. Porém não se deixa, nesta edição, e ainda que de modo sucinto, de apresentar as linhas gerais das respectivas propostas.

Por fim, aproveita-se para agradecer, uma vez mais, a todos aqueles que, desde a academia, do foro, das associações de consumidores, dos órgãos de defesa do consumidor e do mundo empresarial, manifestaram seu apreço por esta obra, sugerindo, criticando ou discutindo temas e posições que ela apresenta. Espera-se que ela continue a merecer o prestígio da atenta e qualificada leitura e crítica pelo público brasileiro, ao mesmo tempo em que se mantém firme o propósito de entusiasmar a todos sobre a importância da compreensão e efetividade do direito do consumidor como pressuposto do aperfeiçoamento do mercado em vista de uma sociedade livre, justa e solidária.

Porto Alegre, dezembro de 2011.

BRUNO MIRAGEM

NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO

É com satisfação que percebemos a acolhida do público com relação a este estudo no qual se busca apresentar um amplo panorama do direito do consumidor no Brasil, discutindo seus fundamentos teóricos e dogmáticos sem descuidar da repercussão prática desta nova disciplina jurídica. Registram-se, neste sentido, incontáveis colaborações dos que estudam e trabalham com o direito do consumidor no cotidiano da economia de mercado, visando ao aperfeiçoamento deste trabalho. Da mesma forma, atendemos aos muitos colegas advogados, professores, servidores públicos dos PROCONS, membros de entidades de defesa dos consumidores e dos estudantes, a quem devo diversas sugestões acolhidas nesta nova edição.

A 2ª edição deste trabalho, que ora se lança ao conhecimento da comunidade jurídica, além da atualização doutrinária e jurisprudencial de praxe, vem ampliada pelo exame específico de cada um dos principais contratos de consumo na realidade econômica contemporânea, visando, além de uma apresentação geral do contrato, ao exame de alguns problemas específicos que suscitam no tocante aos interesses do consumidor. Da mesma forma, incorporou-se uma parte específica acerca da responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços na internet bem como o exame de aspectos peculiares à contratação eletrônica de consumo, o que se justifica com sobradas razões pela crescente importância das relações de consumo no ambiente virtual. Por fim, cite-se em relação ao direito penal do consumidor, a exegese específica dos tipos penais presentes na Lei 8.137/1990, de modo a completar o exame da repressão penal dos crimes contra as relações de consumo.

Daí para diante, procura-se enfrentar as principais questões surgidas desde o lançamento da edição anterior deste estudo. É inegável o desenvolvimento e importância que o direito do consumidor alcançou no direito brasileiro contemporâneo. Influenciou decisivamente o direito privado e o direito processual brasileiro nos últimos vinte anos. Foi precursor de linhas importantes da teoria jurídica contemporânea, como a colocação da proteção da vítima no centro do sistema da responsabilidade civil, mediante o deslocamento do foco na conduta culposa do causador do dano, em face da preocupação com a efetiva prevenção e reparação do dano (artigo 6º, VI, do CDC). Da mesma forma, renovou a teoria dos contratos, mediante o ousado desenvolvimento de seus princípios jurídicos e da proteção do interesse útil das partes no contrato, em vista da proteção do contratante vulnerável nos contratos de consumo. Já notaram muitos outros, antes de nós, que o direito do consumidor construiu-se como um setor de excelência do direito privado brasileiro. De fato, a articulação principiológica do CDC e seu desenvolvimento pela jurisprudência, fizeram da boa-fé o mais destacado princípio no âmbito do direito das obrigações, assim como renovou quanto a suas bases e efeitos, institutos tradicionais do direito privado, do direito processual, dentre outras disciplinas igualmente importantes.

A marca de transversalidade (dispondo sobre matérias afetas aos mais diversos setores do Direito), assim como o fato de regular um fenômeno relativamente novo da realidade social e

econômica, como é o caso do consumo em um ambiente organizado e de divisão de trabalho especializada no mercado, fez com que se colocasse em dúvida a própria autonomia do direito do consumidor. A realidade, contudo, tem demonstrado que estas objeções não têm razão de ser.

O direito do consumidor, como qualquer outro setor da atividade jurídica, embora deva sua origem, em alguma medida, à esta complexidade crescente do fenômeno jurídico e à necessidade de soluções efetivas em vista da proteção do vulnerável na sociedade de consumo globalizada, ora também é desafiado pelas suas consequências. Na origem das preocupações com os interesses do consumidor, identificava-se que o campo de intervenção normativa estatal na proteção dos adquirentes de produtos e serviços associava-se à manutenção do equilíbrio econômico dos contratos ou a garantia do direito à indenização por falhas apresentadas por produtos (vícios) ou má prestação de serviços (inadimplemento da obrigação de fazer). O desenvolvimento do mercado apontou a necessidade de assegurar-se ao consumidor, com mesma prioridade, o direito à informação, assim como da extensão a proteção normativa não apenas àqueles que *efetivamente consomem* – tendo condições econômicas para tanto – senão, igualmente, para aqueles que estão *expostos* ao mercado, os que *postulam o acesso* ao consumo, assim como os que – inclusive por uma maior vulnerabilidade econômica, *consomem apenas o indispensável* a subsistência (circunstância que, dada a realidade brasileira, assume destaque).

O desenvolvimento de praticamente duas décadas de interpretação e aplicação do CDC importam significativo acréscimo no nível de proteção dos consumidores no direito brasileiro. Como já foi afirmado, o direito do consumidor influenciou decisivamente na transformação do direito privado, sobretudo a partir do influxo da doutrina e da jurisprudência.

Atualmente, contudo, consolidados que estão os institutos da disciplina jurídica de proteção do consumidor, surgem novos desafios ao jurista, com vistas a assegurar a efetividade de suas normas. Tanto sob a perspectiva das sensíveis modificações da realidade do mercado de consumo, quanto restrições ou mudanças da interpretação jurisprudencial, muitas vezes estabelecidas sob a premência de questões de política judiciária, alertam para a necessidade de afirmar e revitalizar institutos de direito do consumidor, cuja eficácia mais abrangente não tenha sido assegurada.

Sob esta perspectiva, a identificação dos desafios em questão não pode ter pretensão exauriente, porquanto a realidade dinâmica do mercado não permite, pela criatividade, incremento tecnológico e as novas necessidades que surgem a partir da interação entre os agentes econômicos e o comportamento dos consumidores, que se visualize o direito do consumidor como algo pronto. No estágio atual, parece-nos que a efetividade do direito do consumidor na experiência brasileira, associa-se à necessidade de uma adequada resposta, pelos juristas a vários desafios que se apresentam: a) a necessidade do reforço do controle do dever de informar; b) a manutenção de uma linha de jurisprudência evolutiva de proteção do consumidor, evitando-se retrocesso do nível de proteção já alcançado; c) o enfrentamento do fenômeno da expansão do crédito e a prevenção do hiperconsumo e do superendividamento; e d) o desafio regulatório, aqui compreendido pela necessidade de aplicação das normas de direitos do consumidor pelas autoridades administrativas regulatórias (notadamente, as agências reguladoras e outros entes reguladores, como no caso do Banco Central), especialmente em relação aos serviços públicos, reconhecendo-se o caráter híbrido do seu regime jurídico quando tenha sua prestação delegada a particulares.

O reforço dos deveres de informação na sociedade de consumo, em especial com vista a assegurar o esclarecimento dos consumidores no mercado, implica também na necessidade de examinar-se o dever de informar a partir de um triplice critério: *conteúdo, forma e tempo*. A so-

cidade informacional contemporânea, da multiplicidade de mídias e da hiperinformação, exige critérios objetivos para aferição do dever jurídico de informar, ou melhor, dever jurídico de oportunizar meios idôneos de esclarecer. O conteúdo da informação tem importância em si mesmo. Trata-se do que se informa. A forma pela qual se repassa a informação é igualmente relevante. Deve favorecer sua compreensão pelo destinatário, de modo a permitir o conhecimento e o uso da razão nas suas decisões no mercado de consumo. E por fim o tempo da informação. Característica dos tempos atuais é a velocidade. Em certo aspecto, urge a necessidade de incluir-se na relação de tarefas individuais cotidianas um número cada vez maior de obrigações no mesmo espaço limitado de tempo. E nesta tensão diminui naturalmente o tempo de reflexão sobre as decisões diversas da vida individual, dentre as quais as que se adotam no mercado de consumo.

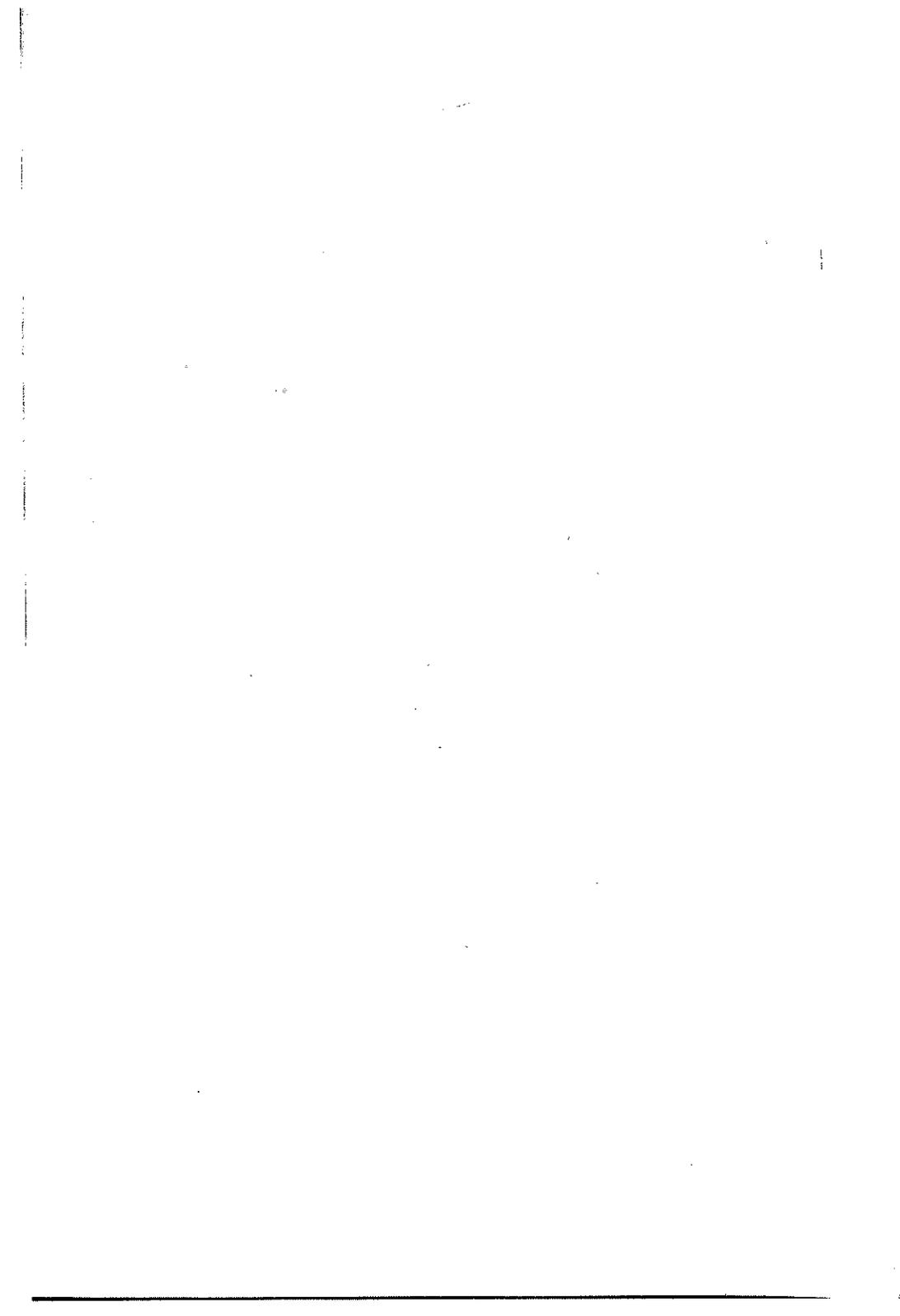
Um segundo desafio, que se percebe em diversas passagens da edição atualizada deste estudo sobre o direito do consumidor no Brasil, diz respeito a uma relativa imprecisão jurisprudencial acerca de institutos fundamentais da matéria. Onde o Código de Defesa do Consumidor estabelece sanção de nulidade absoluta das cláusulas abusivas, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula impeditiva de recursos proibindo a decretação de ofício da nulidade, na hipótese exclusiva de contratos bancários de consumo. Sem maior fundamentação dogmática, e em grande medida, no sentido contrário do que orienta a tradição jurídica brasileira, criou-se privilégio jurídico a um determinado fornecedor e aos contratos em que participa. Não se pode esquecer que o exame do equilíbrio nas relações de consumo, e especialmente no contrato, observa a necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro das prestações, mas igualmente do equilíbrio de posições jurídicas, em especial a necessidade de compensar a desigualdade do poder negocial do consumidor em relação ao fornecedor. E por fim, o desequilíbrio quanto às informações relativas à relação de consumo ou ao seu objeto (produto ou serviço). Neste sentido, a promoção da equidade informacional entre consumidor e fornecedor são critérios a serem considerados na interpretação e aplicação das normas de direito do consumidor. O intérprete e aplicador das normas do Código de Defesa do Consumidor, contudo, na maioria das vezes concentra-se no exame do equilíbrio econômico-financeiro, de utilidade inegável, porém insuficiente para um nível adequado de proteção do consumidor.

Por outro lado, a nova sistemática do recurso especial, prevista pelo novo artigo 543-C do Código de Processo Civil, desafia a sofisticação da análise das relações de consumo levadas aos tribunais para além da interpretação uniformizadora própria dos anseios de agilização da justiça. Faz-se necessário um cuidado ainda maior com os fatos da causa levada a juízo e o modo como se dá, na realidade da vida, as relações entre o consumidor e o fornecedor. Juizes e advogados devem voltar-se aos fatos e interpretá-los na sua individualidade, visando a justiça no caso concreto, e reduzindo os riscos inerentes à padronização das decisões judiciais.

Cabe a todos aqueles que lidam de algum modo com o direito do consumidor encontrar caminhos para responder a estes desafios, visando ao aperfeiçoamento do mercado e à efetividade da proteção do consumidor em nosso direito.

Razão pela qual, espera-se, sinceramente, que este trabalho continue sendo útil ao estudo, compreensão e realização efetiva do direito do consumidor no Brasil.

Porto Alegre, agosto de 2010.



APRESENTAÇÃO À 1ª EDIÇÃO

Este estudo tem basicamente dois objetivos. Primeiro, o de expor de modo mais completo possível a disciplina jurídica do direito do consumidor no Brasil, a partir da vigência, entre nós, do Código de Defesa do Consumidor e seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial nos últimos dezessete anos. Segundo, realizar esta tarefa de modo conectado com a realidade do direito do consumidor, nos foros, na academia, nos órgãos públicos e todos os demais organismos, governamentais ou não, que têm papel decisivo na sedimentação desta nova disciplina jurídica, bem como são responsáveis pela alta importância que alcançou entre nós.

O direito do consumidor, como bem se sabe, é disciplina que, no Brasil, se desenvolveu a partir do mandamento constitucional para que o Estado promovesse, na forma da lei, a defesa do sujeito consumidor, assim como que, para tanto, promulgasse um Código de Defesa do Consumidor. E o conteúdo deste Código é que foi, em nosso direito, o embrião desta nova disciplina jurídica. Contudo, mais do que isso, a edição do Código e a aplicação de suas normas pelo Poder Judiciário, para além da proteção do consumidor, foram e são ainda hoje, fonte de uma verdadeira renovação do direito privado brasileiro. Se antes da promulgação do Código Civil de 2002 a importância do direito do consumidor ressaltava-se em vista de seu contraste com o Código Civil de 1916, agora a realidade de interpenetração dos dois sistemas, no âmbito do direito privado, sedimenta entre nós uma verdadeira ciência do direito do consumidor, que lado a lado com as demais disciplinas jurídicas, dá significado e aplicação às disposições normativas, a partir de uma visão constitucional do direito privado. Para tanto colaborou a viva doutrina de direito do consumidor, atualmente respeitada no Brasil e no Exterior por sua seriedade científica e comprometimento com o aprofundamento do estudo desta importante disciplina jurídica.

Em outros ramos do direito não é diferente. O processo civil brasileiro é um antes e outro depois do CDC. Seja no âmbito da tutela coletiva de direitos, em relação à qual o direito do consumidor veio a complementar e avançar no tocante ao conteúdo da pioneira Lei da Ação Civil Pública, de 1985, ou mesmo no âmbito do processo individual, no qual antecipou diversas das reformas processuais que se sucedem até os dias de hoje, o direito do consumidor constitui, indiscutivelmente, disciplina jurídica fundada em dois grandes vetores: a) uma visão social profunda da nova realidade das relações privadas e a necessidade de proteção da pessoa, sobretudo nos países em desenvolvimento; e b) a consideração prática de que não há como se falar sobre a existência de um sistema jurídico nos dias de hoje, sem uma decidida preocupação quanto à efetividade de suas normas, na sociedade de consumo, à luz dos princípios constitucionais que asseguram a proteção da pessoa humana.

O presente trabalho, neste sentido, buscou um caminho de equilíbrio, e restará aos seus leitores concluírem do sucesso ou não desta pretensão do autor. O equilíbrio entre o caráter didático de uma obra geral como é esta que ora se apresenta, na qual, antes de tudo, busca-se

introduzir o leitor quanto aos aspectos teóricos e práticos fundamentais desta disciplina jurídica. Por outro lado, pretendeu-se igualmente trazer não apenas um tratamento panorâmico das matérias, senão um certo aprofundamento que estimule a estudantes e profissionais, não apenas na obtenção de informação tópica e casuística sobre o direito do consumidor, senão na verdadeira compreensão de seus principais institutos.

Este propósito de equilíbrio revela-se no plano da obra, a qual se estrutura em atenção ao próprio caráter transversal que caracteriza o direito do consumidor, que utilizando-se de normas e da lógica de diversos ramos do direito, como o direito privado, o direito constitucional, o direito processual, o direito administrativo e o direito penal. Frente a esta característica tão própria do microsistema do direito do consumidor, dividimos a obra em cinco partes: a primeira, relativa aos fundamentos do direito do consumidor; a segunda sobre o direito material do Consumidor, dando conta do exame dos direitos básicos do consumidor e das normas e institutos de direito privado de proteção do consumidor. A terceira parte, de sua vez, diz respeito ao direito processual do consumidor, tratando de examinar a nova concepção de proteção dos direitos, a tutela coletiva, e os novos instrumentos de tutela processual individual. A quarta parte trata do direito administrativo do consumidor, tendo por conteúdo os deveres e os poderes do Estado na atuação administrativa de proteção do consumidor, por intermédio dos órgãos públicos de proteção, dos encarregados da nova atividade de regulação econômica e dos serviços públicos, assim como no restante da atuação administrativa de proteção vinculada aos termos estabelecidos na Constituição e na lei. Por fim, uma quinta parte refere-se ao direito penal do consumidor, destinado ao exame dos chamados crimes de consumo previstos no CDC e na Lei 8.137/1990.

Trata-se, enfim, de uma obra escrita para estudantes e profissionais, tanto àqueles que desejam compreender melhor o direito do consumidor, quanto aos que, trabalhando permanentemente com o tema, buscam um aprofundamento e, quem sabe, soluções para questões do cotidiano de sua atuação jurídica. Que estes objetivos sejam alcançados, é o que se pretende.

SUMÁRIO

PREFÁCIO – CLAUDIA LIMA MARQUES	11
NOTA DO AUTOR À 6ª EDIÇÃO	15
NOTA DO AUTOR À 5ª EDIÇÃO	17
NOTA DO AUTOR À 4ª EDIÇÃO	19
NOTA DO AUTOR À 3ª EDIÇÃO	21
NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO	23
APRESENTAÇÃO À 1ª EDIÇÃO	27

PARTE I

FUNDAMENTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

1. ORIGENS HISTÓRICAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR	45
1.1 O direito do consumidor e o direito privado clássico	47
1.2 O direito do consumidor e os novos direitos	52
1.3 O microsistema do direito do consumidor	53
2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO	55
2.1 A defesa do consumidor como direito fundamental	58
2.2 A defesa do consumidor como princípio da ordem constitucional econômica	65
2.3 A defesa do consumidor na Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor	66
2.4 O CDC como lei de ordem pública e interesse social	68
2.5 Competências legislativas e executivas dos entes federados de defesa do consumidor	72
3. A SITUAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	77
3.1 O direito do consumidor e as outras disciplinas jurídicas	77
3.1.1 O direito do consumidor e sua relação com o direito civil	77
3.1.2 O direito do consumidor e sua relação com o direito processual	81
3.1.3 O direito do consumidor e o direito penal	82
3.1.4 O direito do consumidor e o direito administrativo	84
3.1.5 O direito do consumidor e o direito empresarial	85

3.1.6	O direito do consumidor e o direito da concorrência	86
3.1.7	Autonomia do direito do consumidor	88
3.2	O direito do consumidor e a ordenação do mercado	89
3.2.1	Direito do consumidor e patentes de invenção	93
3.2.2	Direito do consumidor e proteção das marcas	95
3.2.3	Direito do consumidor e os direitos de autor	101
3.2.4	Direito do consumidor e livre concorrência	104
3.2.4.1	Bem-estar do consumidor no direito da concorrência	108
3.2.4.2	Modos de atuação	111
3.2.5	Direito do consumidor e defesa do meio ambiente	111
3.2.5.1	Desenvolvimento sustentável e qualidade de produtos e serviços	115
3.2.5.2	A denominada “responsabilidade pós-consumo”	116
3.3	O direito do consumidor e a disciplina jurídica da internet	118
3.3.1	Princípios da disciplina da internet no Brasil e os direitos do consumidor	120
3.3.2	Direitos básicos do consumidor no acesso à internet	120
3.3.3	Proteção do usuário de internet e intervenção na autonomia contratual das partes	121
3.3.4	Formação de bancos de dados com informações de usuários da internet	122
3.4	Anteprojetos de atualização do CDC	124
4.	PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR	127
4.1	Princípio da vulnerabilidade	127
4.1.1	A vulnerabilidade agravada do consumidor criança	131
4.1.2	A vulnerabilidade agravada do consumidor idoso	133
4.1.3	A vulnerabilidade agravada do consumidor analfabeto	137
4.1.4	A vulnerabilidade agravada do consumidor deficiente	139
4.2	Princípio da solidariedade	141
4.3	Princípio da boa-fé	144
4.4	Princípio do equilíbrio	148
4.5	Princípio da intervenção do Estado	150
4.6	Princípio da efetividade	151
4.7	Princípio da harmonia das relações de consumo	152
5.	A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	155
5.1	Considerações iniciais	155
5.2	A definição jurídica de consumidor	156
5.2.1	O consumidor standard	156
5.2.2	O consumidor equiparado	159
5.2.2.1	O artigo 2.º, parágrafo único, do CDC: a coletividade	159
5.2.2.2	O artigo 17 do CDC: as vítimas de acidentes de consumo	160
5.2.2.3	O artigo 29 do CDC: os expostos às práticas comerciais	162

5.2.3	Correntes de interpretação da definição jurídica de consumidor	166
5.2.3.1	A interpretação finalista	167
5.2.3.2	A interpretação maximalista	169
5.2.3.3	O “finalismo aprofundado”	171
5.3	A definição jurídica de fornecedor	176
5.3.1	O fornecedor como profissional	177
5.3.2	O fornecedor como agente econômico no mercado de consumo	179
5.4	O objeto da relação jurídica de consumo	183
5.4.1	Definição jurídica de produto	184
5.4.2	Definição jurídica de serviço	188
5.4.3	O problema do serviço público como objeto da relação de consumo ..	193
5.4.4	O critério da remuneração econômica	203
5.4.4.1	Remuneração direta	204
5.4.4.2	Remuneração indireta	204

PARTE II

DIREITO MATERIAL DO CONSUMIDOR

1.	OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR	209
1.1	Direito à vida	211
1.2	Direito à saúde e à segurança	212
1.3	Direito à informação	214
1.4	Direito à proteção contra práticas e cláusulas abusivas	216
1.5	Direito ao equilíbrio contratual	218
1.6	Direito à manutenção do contrato	223
1.7	Direito à prevenção de danos	225
1.8	Direito à efetiva reparação de danos	227
1.9	Direito de acesso à justiça	230
1.10	Direito à facilitação da defesa dos seus direitos e inversão do ônus da prova ..	233
1.11	Direito à prestação adequada e eficaz de serviços públicos	240
2.	A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR	243
2.1	A nova teoria contratual e o direito do consumidor	245
2.1.1	A autonomia privada e o contrato de consumo	250
2.1.2	Nova visão da relação contratual: o processo obrigacional	251
2.1.3	A proteção da confiança nos contratos de consumo	253
2.2	A formação do contrato de consumo	255
2.2.1	A oferta de consumo e sua eficácia vinculante	257
2.2.1.1	Requisitos da oferta de consumo	261
2.2.1.2	Solidariedade do fornecedor e seus prepostos e representantes	262
2.2.2	O regime jurídico da publicidade	264
2.2.2.1	O fundamento constitucional da atividade publicitária	267

2.2.2.2	Os princípios da atividade publicitária	271
2.2.2.2.1	Princípio da identificação	271
2.2.2.2.2	Princípio da veracidade	274
2.2.2.2.3	Princípio da vinculação	276
2.2.2.3	A eficácia vinculativa da publicidade	276
2.2.2.4	A publicidade ilícita	278
2.2.2.4.1	Publicidade enganosa	278
2.2.2.4.2	Publicidade abusiva	283
2.2.2.5	A publicidade restrita	284
2.2.2.6	Publicidade comparativa	287
2.2.2.7	A publicidade infantil	289
2.2.2.8	Autoregulação publicitária	291
2.2.3	Eficácia do direito subjetivo à informação do consumidor	292
2.2.3.1	Amplitude do direito à informação do consumidor	296
2.2.3.2	Violação do dever de informar: efeitos para o consumidor ...	298
2.2.4	Efeitos do descumprimento da oferta pelo fornecedor	300
2.2.4.1	Cumprimento específico da obrigação	301
2.2.4.2	Oferecimento de produto ou serviço equivalente	301
2.2.4.3	Rescisão do contrato	302
2.2.4.4	Perdas e danos	303
2.3	Execução do contrato de consumo	304
2.3.1	Proteção do consumidor contra práticas abusivas	305
2.3.1.1	Caracterização das práticas abusivas	309
2.3.1.2	Sanções para a violação da proibição de práticas abusivas ...	310
2.3.1.3	Critérios para interpretação e concreção das condutas definidas como práticas abusivas	311
2.3.1.3.1	Anormalidade ou excesso do exercício da liberdade negocial pelo fornecedor	312
2.3.1.3.2	Dimensão coletiva das práticas abusivas	312
2.3.1.3.3	Deslealdade e violação da boa-fé	314
2.3.1.4	As várias espécies de prática abusivas tipificadas na lei.	315
2.3.1.4.1	Condicionamento do fornecimento de produto ou serviço (venda casada)	315
2.3.1.4.2	Recusa de fornecimento	318
2.3.1.4.3	Envio de produto ou oferecimento de serviço não solicitado	319
2.3.1.4.4	Aproveitamento da vulnerabilidade agravada do consumidor	320
2.3.1.4.5	Exigência de vantagem manifestamente excessiva	321
2.3.1.4.6	Execução de serviços sem elaboração de orçamento prévio	323
2.3.1.4.7	Divulgação de informações depreciativas decor- rente do exercício do direito pelo consumidor	324

2.3.1.4.8	Oferecimento no mercado de produto ou serviço em desacordo com normas técnicas	325
2.3.1.4.9	Recusa de fornecimento mediante pronto pagamento	326
2.3.1.4.10	Elevação de preço sem justa causa (Aumento arbitrário)	328
2.3.1.4.11	Aplicação de fórmula ou índice de reajuste diverso do previsto na lei ou no contrato	332
2.3.2	Proteção do consumidor e cobrança de dívidas	333
2.3.2.1	Limites do exercício do direito de crédito pelo fornecedor...	336
2.3.2.2	Cobrança indevida de dívida	337
2.3.3	Bancos de dados e cadastros de consumidores	340
2.3.3.1	Noções introdutórias: distinção entre bancos de dados e cadastros de consumidores	341
2.3.3.2	A regulação dos bancos de dados e cadastros de consumidores pelo CDC	343
2.3.3.3	Espécies de bancos de dados	349
2.3.3.4	Cadastros de consumidores	350
2.3.3.5	Inclusão do consumidor no banco de dados: o direito à comunicação	351
2.3.3.6	Direitos do consumidor frente à sua inclusão no banco de dados	353
2.3.3.6.1	Direito de acesso à informação	353
2.3.3.6.2	Direito à correção da informação	354
2.3.3.6.3	Direito à retificação da informação	356
2.3.3.6.4	Direito à exclusão da informação	356
2.3.3.7	Prazos de manutenção e divulgação das informações em banco de dados	358
2.3.3.8	Bancos de dados de informações positivas (cadastro positivo)	359
2.3.3.8.1	Requisitos para inclusão das informações positivas	360
2.3.3.8.2	Conteúdo das informações positivas arquivadas	362
2.3.3.8.3	Direitos do consumidor em relação às informações arquivadas	363
2.3.3.8.4	Deveres dos fornecedores de crédito (fontes).....	365
2.3.3.8.5	Deveres do gestor do banco de dados	367
2.3.3.8.6	Origem dos dados e compartilhamento das informações	367
2.3.3.8.7	Responsabilidade da fonte, do gestor do banco de dados e do consulente	368
2.3.3.8.8	Temporalidade das informações	368
2.3.3.9.	Sistemas de pontuação de crédito (scoring)	369

2.3.4	O regime das cláusulas abusivas nos contratos de consumo	373
2.3.4.1	Natureza jurídica das cláusulas abusivas no CDC	376
2.3.4.2	Eficácia da proteção do consumidor contra cláusulas abusivas	381
2.3.4.2.1	Nulidade de pleno direito	381
2.3.4.2.2	Redução do negócio jurídico	387
2.3.4.3	Controle das cláusulas abusivas e legitimação processual	388
2.3.4.4	Tipologia das cláusulas abusivas no CDC	390
2.3.4.5	Principais espécies de cláusulas abusivas	393
2.3.4.5.1	Cláusulas de limitação ou exoneração de responsabilidade civil	393
2.3.4.5.2	Cláusulas de renúncia ou disposição de direitos .	395
2.3.4.5.3	Cláusulas de decaimento, controle da cláusula penal e outros efeitos do inadimplemento	396
2.3.4.5.4	Cláusulas que violem o equilíbrio contratual: o controle dos juros contratados	398
2.3.4.5.5	Cláusulas que violem o equilíbrio contratual: controle <i>in concreto</i> pelo juiz	402
2.3.4.5.6	Cláusulas de inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor	405
2.3.4.5.7	Cláusulas que imponham arbitragem compulsória	406
2.3.4.5.8	Cláusulas-mandato	407
2.3.4.5.9	Cláusulas potestativas	409
2.3.4.5.10	Cláusulas-surpresa	411
2.3.5	Interpretação dos contratos de consumo	412
2.4	Extinção do contrato de consumo e seus efeitos	415
2.4.1	Direito de arrependimento do consumidor	416
2.4.2	Adimplemento contratual	418
2.4.3	Inadimplemento contratual e direito à resolução	419
2.4.3.1	Obstáculo ao direito de resolução: direito à manutenção do contrato	421
2.4.3.2	Obstáculo ao direito de resolução: direito à revisão do contrato	424
2.4.4	Extinção do contrato e eficácia pós-contratual	424
2.5	As várias espécies de contratos de consumo	425
2.5.1	Compra e venda de consumo	425
2.5.2	Contratos imobiliários	426
2.5.2.1	Cláusulas abusivas nos contratos imobiliários	428
2.5.2.2	O dever de informar nos contratos imobiliários	431
2.5.3	Contratos bancários e financeiros	431
2.5.3.1	Distinção entre serviços e operações bancárias: irrelevância para aplicação do CDC aos contratos bancários	435

2.5.3.2	Expansão do crédito e proteção do consumidor	436
2.5.3.3	Concessão de crédito e superendividamento de consumidores	440
2.5.3.4	Principais contratos bancários e financeiros de consumo	444
2.5.3.4.1	Mútuo bancário	444
2.5.3.4.1.1	Disciplina legal dos juros contratados	444
2.5.3.4.1.2	Comissão de permanência	447
2.5.3.4.1.3	Pagamento antecipado e multa por inadimplemento	450
2.5.3.4.2	Contrato de abertura de crédito	451
2.5.3.4.3	Contratos de conta-corrente e depósito	456
2.5.3.4.4	Contratos de cartão de crédito	459
2.5.4	Contratos de planos de assistência e seguro de saúde	463
2.5.4.1	Plano de assistência à saúde e regulação da ANS	466
2.5.4.2	O interesse útil do consumidor e a natureza dos contratos de planos de assistência à saúde	466
2.5.4.3	Controle das cláusulas e práticas abusivas nos planos de assistência à saúde	473
2.5.4.4	Planos de saúde coletivos e relação de trabalho	479
2.5.5	Contratos de seguro	480
2.5.5.1	Características do contrato de seguro como contrato de consumo	481
2.5.5.2	Deveres do segurador-fornecedor na contratação do seguro	487
2.5.5.3	Formação do contrato de seguro	489
2.5.5.4	Cláusulas limitativas da obrigação de indenizar do segurador	491
2.5.6	Contratos de consórcio	499
2.5.6.1	Características do contrato de consórcio	500
2.5.6.2	Equilíbrio econômico do contrato de consórcio e o direito do consumidor	501
2.5.6.3	Da resolução do contrato por desistência ou inadimplemento do consorciado	502
2.5.7	Contratos de previdência complementar privada	504
2.5.7.1	Características dos contratos de previdência complementar privada	508
2.5.7.2	Dever de informar nos contratos de previdência complementar privada	511
2.5.7.3	Prazo prescricional para exercício da pretensão de correção ou atualização de valores	513
2.5.8	Contratos de transporte	514
2.5.8.1	Características do contrato de transporte como contrato de consumo	516
2.5.8.2	Responsabilidade do transportador	517
2.5.8.3	Contratos de transporte aéreo e terrestre	519

2.5.9	Contratos de serviços turísticos.....	522
2.5.10	Contratos de hospedagem	527
2.5.10.1	Disciplina legal do contrato de hospedagem.....	528
2.5.10.2	Cobrança de dívida e penhor legal de bagagens.....	533
2.5.11	Contratos de serviços educacionais.....	534
2.5.12	Contratos de serviços de telecomunicação.....	541
2.5.12.1	Proteção do consumidor de serviços de telecomunicação na fase pré-contratual	544
2.5.12.2	Proteção do consumidor dos serviços de telecomunicação na execução do contrato	545
2.5.13	Contratos celebrados pela internet.....	548
2.5.13.1	Fornecedores de serviços no ambiente virtual: os provedores de internet.....	551
2.5.13.2	Aspectos distintivos da contratação eletrônica de consumo	552
2.5.13.3	O dever de informar nos contratos celebrados pela internet.....	554
2.5.13.4	Dever de informar e formação do contrato eletrônico	556
2.5.13.5	Comércio eletrônico e defesa do consumidor nas hipóteses de descumprimento contratual.....	557
2.5.13.6	Provedores de intermediação e responsabilidade contratual	557
2.5.13.6.1	Provedores de intermediação e promoção de compras coletivas pela internet.....	559
2.5.13.6.2	Provedores de intermediação e consumo colaborativo: a economia do compartilhamento na internet	561
3.	RESPONSABILIDADE CIVIL DE CONSUMO.....	565
3.1	Noções introdutórias.....	566
3.1.1	Fundamento da responsabilidade civil na sociedade de consumo de massas: a proteção dos interesses legítimos dos consumidores	568
3.1.2	Tendência contemporânea da responsabilidade civil: abandono do critério da culpa.....	569
3.1.3	Novos critérios de imputação da responsabilidade: entre o risco e a vantagem econômica da atividade	571
3.2	Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço	572
3.2.1	Definição.....	575
3.2.2	Critério de identificação	576
3.2.3	Requisitos.....	579
3.2.3.1	Conduta.....	582
3.2.3.2	Defeito	584
3.2.3.2.1	Defeitos de projeto ou concepção.....	585
3.2.3.2.2	Defeitos de execução, produção ou fabricação	586
3.2.3.2.3	Defeitos de informação ou comercialização	589
3.2.3.3	Nexo de causalidade	590

3.2.3.4	Dano	594
3.2.3.4.1	Danos materiais e morais.....	595
3.2.3.4.2	Danos individuais, coletivos e difusos.....	599
3.2.4	Excludentes de responsabilidade.....	601
3.2.4.1	Não colocação do produto no mercado.....	602
3.2.4.2	Inexistência de defeito	604
3.2.4.3	Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.....	606
3.2.4.4	Caso fortuito e força maior como excludentes da responsabilidade civil de consumo	612
3.2.5	O risco do desenvolvimento	616
3.2.6	Solidariedade da cadeia de fornecimento.....	619
3.2.6.1	Direito de regresso	623
3.2.6.2	Responsabilidade subsidiária do comerciante.....	623
3.2.7	O artigo 931 do Código Civil e o CDC	624
3.2.8	Responsabilidade dos profissionais liberais por fato do serviço	626
3.2.9	Prazo prescricional	634
3.2.10	Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço na internet	638
3.2.11	Responsabilidade dos provedores de internet por conteúdo gerado por terceiros na Lei 12.965/2014 (o denominado "Marco Civil da Internet") ..	645
3.3	Responsabilidade por vício do produto ou do serviço	649
3.3.1	Definição.....	653
3.3.2	Requisitos	655
3.3.3	Solidariedade da cadeia de fornecimento.....	660
3.3.4	Eficácia da responsabilidade por vício do produto	663
3.3.4.1	Substituição do produto.....	663
3.3.4.2	Restituição imediata da quantia paga.....	664
3.3.4.3	Abatimento do preço.....	665
3.3.4.4	Vício de quantidade: complementação do peso ou medida ..	665
3.3.4.5	Perdas e danos.....	666
3.3.5	Eficácia da responsabilidade por vício do serviço.....	668
3.3.5.1	Reexecução do serviço	669
3.3.5.2	Restituição imediata da quantia paga.....	670
3.3.5.3	Abatimento do preço.....	670
3.3.5.4	Perdas e danos.....	671
3.3.6	Prazo para exercício do direito de reclamar por vícios	674
3.3.6.1	Espécies de prazos	676
3.3.6.2	Causas que obstam a fluência do prazo da garantia	677
3.3.7	Garantia legal e garantia contratual	678
3.4	Extensão da responsabilidade patrimonial do fornecedor	680
3.4.1	Funções da indenização no CDC.....	681

3.4.2	Desconsideração da personalidade jurídica	685
3.4.2.1	A desconsideração da personalidade jurídica no direito civil	686
3.4.2.2	A desconsideração da personalidade jurídica no CDC	687
3.4.2.2.1	Grupos societários e sociedades controladas.....	689
3.4.2.2.2	Sociedades consorciadas.....	690
3.4.2.2.3	Sociedades coligadas	691
3.4.2.2.4	A cláusula geral do artigo 28, § 5.º, do CDC.	691

PARTE III

DIREITO PROCESSUAL DO CONSUMIDOR

1.	TUTELA PROCESSUAL DO CONSUMIDOR	699
1.1	Noções introdutórias	701
1.2	Estágio atual do processo civil brasileiro e sua repercussão no direito do consumidor: O Código de Processo Civil de 2015.	702
1.3	Dimensão processual dos direitos básicos do consumidor	706
1.3.1	Acesso à justiça	707
1.3.1.1	Jurisdição internacional e foro do domicílio do consumidor	708
1.3.1.2	Cláusula de eleição de foro	710
1.3.2	Facilitação da defesa: distribuição e inversão do ônus da prova	710
1.3.3	Efetividade do processo	717
2.	DIMENSÃO COLETIVA DA TUTELA DO CONSUMIDOR.....	721
2.1	Tutela coletiva do consumidor	721
2.2	Nova classificação dos direitos subjetivos e sua tutela processual.....	723
2.2.1	Interesses ou direitos difusos	724
2.2.2	Interesses ou direitos coletivos	725
2.2.3	Interesses ou direitos individuais homogêneos	726
2.3	Tutela coletiva no CDC e na Lei da Ação Civil Pública.....	728
2.4	Legitimidade processual para defesa coletiva do consumidor	729
2.4.1	Ministério Público	734
2.4.1.1	Ministério Público e defesa dos interesses individuais homogêneos	736
2.4.1.2	Procedimentos extraprocessuais do Ministério Público	737
2.4.1.2.1	Inquérito civil.....	738
2.4.1.2.2	Audiências públicas.....	740
2.4.2	União, Estados, Municípios e Distrito Federal	740
2.4.3	Entidades ou Órgãos da Administração Pública	741
2.4.4	Associações de consumidores	744
2.4.4.1	Requisito da pré-constituição de um ano.....	746
2.4.4.2	Representatividade adequada.....	747
2.4.5	Compromisso de ajustamento	748

2.5	Ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos.....	751
2.5.1	Competência.....	754
2.5.2	Eficácia da decisão em caso de procedência do pedido.....	755
2.5.3	Eficácia da decisão em caso de improcedência do pedido.....	757
2.5.4	Liquidação e execução da sentença.....	758
2.5.5	Prazo prescricional e ações coletivas.....	760
2.6	Coisa julgada nas ações coletivas.....	762
2.6.1	Coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos ou interesses difusos.....	764
2.6.2	Coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos ou interesses coletivos.....	765
2.6.3	Coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos.....	766
2.6.4	Coisa julgada <i>in utilibus</i>	767
2.6.5	Competência do juízo e efeitos da coisa julgada.....	768
2.6.6	Concomitância de ações coletivas.....	769
2.6.7	Custas processuais e honorários profissionais (advocáticos e periciais).....	770
2.7	Dimensão coletiva e tutela individual do consumidor: julgamento de casos repetitivos.....	772
2.7.1	Incidente de resolução de demandas repetitivas.....	775
2.7.2	Recursos especial e extraordinário repetitivos.....	778
3.	EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES.....	781
3.1	Ação de cumprimento específico da obrigação.....	782
3.1.1	Disciplina específica do CDC e o Código de Processo Civil de 2015.....	784
3.1.2	Tutela inibitória específica.....	787
3.2	Ação de responsabilidade civil do fornecedor.....	789
3.3	Incidente de desconsideração da personalidade jurídica.....	791
3.4	Produção antecipada da prova e exibição de documentos.....	792
3.5	Ações revisionais no direito do consumidor.....	795
3.6	Ação de exigir contas.....	796

PARTE IV

PROTEÇÃO ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR

1.	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DEFESA DO CONSUMIDOR.....	801
1.1	Agências reguladoras e defesa do consumidor.....	803
1.2	Exercício do poder de polícia e defesa do consumidor.....	805
1.3	Procedimento administrativo de <i>recall</i>	811
2.	O SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	815
2.1	Composição.....	816
2.2	Competência.....	819
2.3	Competência concorrente dos órgãos do SNDC.....	822

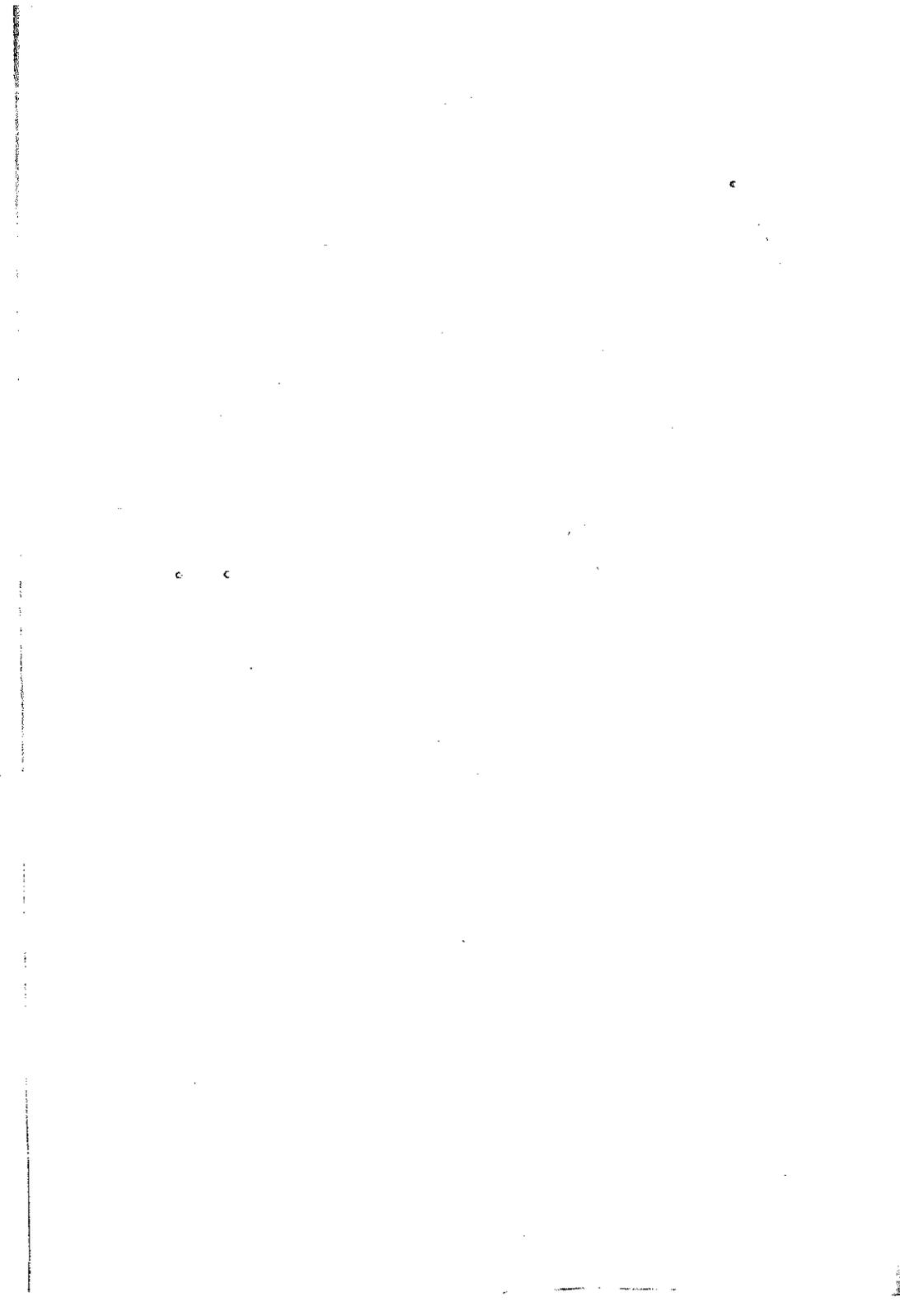
3. REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR	831
3.1 A regulação administrativa dos serviços públicos.....	833
3.2 Marcos regulatórios e direito do consumidor	838
3.2.1 Marcos regulatórios gerais	841
3.2.2 Marcos regulatórios setoriais	844
4. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS: GÊNESE E APLICAÇÃO.....	847
4.1 Sanções objetivas	850
4.2 Sanções subjetivas.....	852
4.3 Sanções pecuniárias	854

PARTE V

DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR

1. FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA REPRESSÃO AOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO	863
2. TIPOLOGIA DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO: CDC E LEI 8.137/90.....	865
2.1 Os tipos penais na Lei 8.137/90	869
2.1.1 Favorecimento ou preferência, sem justa causa, de comprador ou freguês	870
2.1.2 Venda ou exposição à venda de mercadoria com embalagem ou especificações em desacordo com as prescrições legais	871
2.1.3 Mistura de gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para venda ou exposição como puros ou de mais alto custo.....	872
2.1.4 Fraude a preços.....	873
2.1.5 Elevação indevida do valor cobrado nas vendas a prazo.....	874
2.1.6 Sonegação de insumos ou bens para fins de sonegação	874
2.1.7 Indução do consumidor ou usuário a erro.....	875
2.1.8 Destruição, inutilização ou dano de matéria-prima ou mercadoria para provocar alta de preço.....	877
2.1.9 Venda, depósito ou exposição para venda de mercadoria ou matéria-prima impróprias para o consumo	877
2.2 Competência para processar e julgar os crimes contra as relações de consumo	881
3. TIPOS PENAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	883
3.1 Omissão de dizeres ou sinais ostensivos e de alerta sobre a nocividade ou periculosidade do produto.....	883
3.2 Omissão de comunicação e de retirada do produto nocivo ou perigoso do mercado	885
3.3 Execução de serviço de alto grau de periculosidade sem autorização	887
3.4 Afirmção falsa ou enganosa, ou omissão de informação relativa a produto ou serviço.....	888

3.5	Promoção de publicidade enganosa ou abusiva.....	890
3.6	Promoção de publicidade prejudicial ou perigosa.....	892
3.7	Omissão na organização de dados relativos à publicidade.....	894
3.8	Emprego de componentes usados sem autorização do consumidor.....	895
3.9	Cobrança abusiva de dívidas.....	896
3.10	Impedimento ou obstáculo de acesso a informações.....	897
3.11	Omissão na correção de dados.....	898
3.12	Omissão na entrega de termo de garantia.....	899
4.	CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES.....	901
5.	OUTRAS PENALIDADES E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.....	903
6.	RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES E OUTRAS PESSOAS QUE CONCORREM PARA O CRIME.....	907
7.	ASSISTÊNCIA E AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA NOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	909
	BIBLIOGRAFIA.....	911
	OUTRAS OBRAS DO AUTOR.....	943

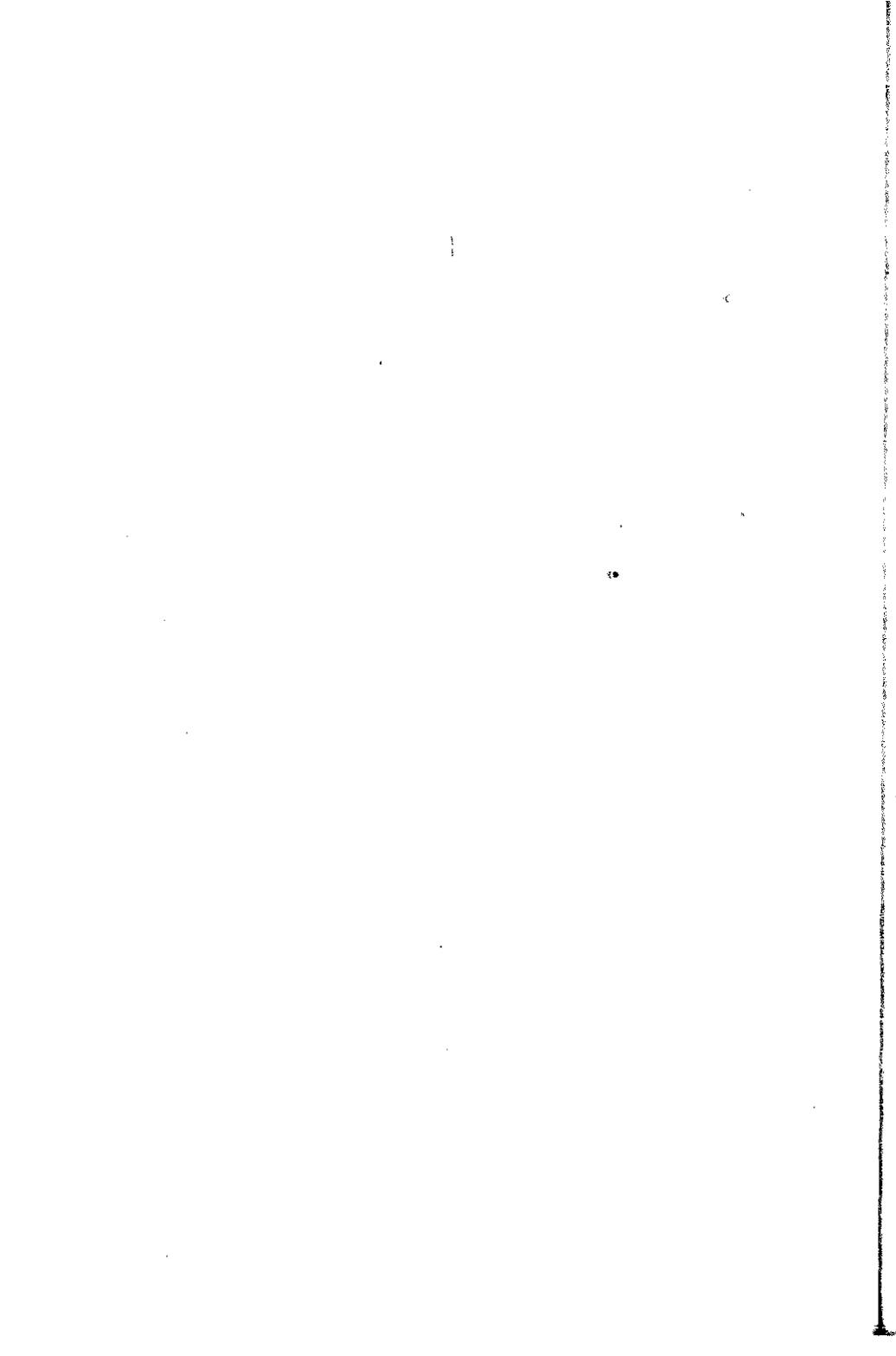


FUNDAMENTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

A expressão *direito do consumidor* remete ao surgimento de uma nova posição jurídica no âmbito da teoria da relação jurídica, cuja identidade vincula-se, em muitos sistemas, à realização de um ato de consumo, ser parte de uma relação de consumo, ou ainda – como é expressamente estabelecido no direito brasileiro – ter intervindo ou simplesmente estar exposto às relações estabelecidas no âmbito do mercado de consumo. Não é desconhecido que a regulação jurídica do direito do consumidor pressupõe a existência do mercado, da produção, comercialização e consumo, como fenômenos inerentes à realidade histórica e econômica contemporânea. A sociedade de consumo, com seus fenômenos e processos de circulação de riquezas é que justifica a existência do direito do consumidor, cujo traço principal é o de regulação deste complexo sistema de trocas econômicas massificadas, sob a perspectiva da parte vulnerável: aquele que adquire ou utiliza produtos e serviços, sem ser quem os produza ou promova sua prestação, razão pela qual não possui o domínio ou a expertise sobre essa relação.

A compreensão do direito do consumidor, assim, passa não por uma crítica da sociedade de consumo, senão pela constatação da necessidade de regulação dos comportamentos que nela se desenvolvem, em vista da proteção da parte vulnerável. Como tal, ao mesmo tempo em que tem por diretriz fundamental a proteção e promoção da igualdade entre as partes (consumidores e fornecedores), também tem como efeito o aperfeiçoamento do mercado de consumo, por intermédio da regulação do comportamento de seus agentes.

Sob esta perspectiva, além dos evidentes proveitos a que deu causa o surgimento do direito do consumidor no Brasil há quase duas décadas, o estudo e a compreensão desta nova disciplina jurídica devem ser realizados a partir da noção de uma nova ordenação do mercado, na relação entre todos os agentes econômicos e os destinatários finais dos produtos e serviços produzidos, em vista do princípio da solidariedade que marca nossa ordem econômica, desde seus fundamentos estabelecidos na Constituição da República (artigos 1.º, IV e 170).



ORIGENS HISTÓRICAS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

1

SUMÁRIO: 1.1 O direito do consumidor e o direito privado clássico – 1.2 O direito do consumidor e os novos direitos – 1.3 O microsistema do direito do consumidor.

As recentes transformações do direito contemporâneo têm apontado para a adoção de providências legislativas visando à equalização de relações jurídicas marcadas pelo traço da desigualdade.¹ Desigualdade esta que pode se apresentar de diversos modos, seja originária de desproporção da capacidade econômica das partes, ou mesmo da ausência de acesso e compreensão das informações sobre os aspectos da relação jurídica em que participa, assinalando o fenômeno da vulnerabilidade de um dos seus sujeitos.

O paradigma individualista,² sobretudo no direito privado, cede espaço a novos interesses igualmente reconhecidos pelo Estado, cuja intervenção em favor do sujeito reconhecido como vulnerável tem por objetivo a recomposição da igualdade jurídica, corrigindo os elementos fáticos de desigualdade. Georges Ripert, em estudo clássico, assinala que a democracia moderna repele a fraternidade no que pode lembrar a caridade, assim como rejeita a noção de dever, substituindo-a pela noção do direito. Assinala, pois, que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores, cabendo ao Estado intervir para proteger os fracos.³

Esta tem sido a orientação de diversos sistemas jurídicos desde o princípio do século,⁴ por intermédio de uma maior intervenção do Estado nas relações dos particulares, e o aumento das inter-relações entre temas tradicionalmente divididos de modo estanque como de direito público ou de direito privado, característica do direito contemporâneo, denominado por muitos como um direito pós-moderno.⁵

1. Sobre o tema, veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 111 et seq. São Paulo: RT, jul.-set. 2002.
2. Neste sentido: WALINE, Marcel. *L'individualisme et le Droit*. Paris: Éditions Domat Montchrestien, 1945. p. 19 et seq.
3. RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 133.
4. São variados os exemplos de leis de proteção da parte menos favorecida. Georges Ripert traz diversos exemplos da legislação francesa, como a lei de 1907 que admite a rescisão por lesão nas vendas de adubo, reservando ação de nulidade ao comprador. *Idem*, p. 183.
5. Sobre os efeitos da pós-modernidade sobre o direito privado: GALASSO, Giuseppe. Il diritto privato nella prospettiva post-moderna. *Rivista di Diritto Civile*. anno XXVI. parte prima. Padova: Cedam,

A este respeito, o reconhecimento de direitos subjetivos distintos atendeu a diferentes etapas, começando pela tutela de situações específicas – como a proteção do direito dos trabalhadores e o estabelecimento de uma disciplina jurídica própria do direito do trabalho. O último passo desta trajetória está na concepção de direitos difusos ou coletivos, onde a determinação dos titulares do direito é relativa, e seus efeitos dizem respeito a todo um grupo ou à coletividade. Neste sentido refere Iain Ramsay, ao lembrar as origens do direito do consumidor, de que a organização de grupos de consumidores, a partir de seus interesses específicos, foi a base do consumerismo, e que no ambiente de múltiplas tendências nas quais se destacavam também os ambientalistas e os movimentos urbanos, dão origem ao direito do consumidor.⁶

Nesta etapa mais recente se incluem os direitos do consumidor. Em trabalho conhecido, Fábio Konder Comparato – ainda na década de 70 – afirmava que a dialética entre consumidor *versus* produtor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital *versus* trabalho. Ao contrário desta última, onde as definições dos polos da relação de direito são, em regra, claras e precisas, aquela obedece a uma dinâmica própria, na qual os sujeitos estarão, ora em um dos polos da relação, ora no outro.⁷ Daí porque a proteção do consumidor, antes de consagrar direitos subjetivos específicos a este novo sujeito de direitos, teve de observar certo período de maturação, visando à consolidação desta nova posição jurídica.

As origens da preocupação com os direitos dos consumidores são tradicionalmente indicadas ao conhecido discurso, nos Estados Unidos, do Presidente John Kennedy no Congresso norte-americano, em 1962, que, ao enunciar a necessidade de proteção do consumidor, referiu como direitos básicos o *direito à segurança*, o *direito à informação*, o *direito de escolha* e o *direito a ser ouvido*. A partir de então diversas leis foram aprovadas nos Estados Unidos, ainda nos anos 60, contendo normas de proteção dos consumidores norte-americanos.

Em 1972 realizou-se, em Estocolmo, a Conferência Mundial do Consumidor. No ano seguinte, a Comissão das Nações Unidas sobre os Direitos do Homem deliberou que o Ser Humano, considerado enquanto consumidor deveria gozar de quatro direitos fundamentais (os mesmos enunciados por Kennedy, anos antes): o *direito à segurança*; o *direito à informação* sobre produtos, serviços e suas condições de venda; o *direito à escolha* de bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; e o *direito de ser ouvido* nos processos de decisão governamental. Neste mesmo ano, a Assembleia Consultiva da Comunidade Europeia aprovou a Resolução 543, que deu origem à *Carta Europeia de Proteção ao Consumidor*. Daí por diante, um número crescente de países deu início a elaboração e promulgação de leis com a finalidade de proteção aos direitos do consumidor.⁸ A lei espanhola, por exemplo, que é de 1984, regulamen-

1980. p. 13-31. Sobre estes efeitos, especificamente no direito do consumidor, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 155 *et seq.*

6. RAMSAY, Iain. Consumer protection in the era of informational capitalism. In: WILHEMSSON, Thomas; TUOMINEM, Salla; TUOMOLA, Heli. *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 45-65.

7. COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico. *Revista da Consultoria Geral do Estado do RS*, n. 6, p. 81-105. Porto Alegre, 1976. O autor, referindo à dinâmica da relação consumidor *versus* produtor, assinala a dificuldade em precisar os conceitos a respeito dos sujeitos da relação, todavia, emprestando à figura do consumidor a definição como sendo aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. No mesmo sentido: GALGANO, Francesco. La democrazia dei consumatori. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 35, n. 1, mar. 1981, p. 38-48.

8. Sobre a proteção jurídica do consumidor nos países europeus veja-se o panorama de: STIGLITZ, Gabriel. *Protección jurídica del consumidor*. 2. ed. Buenos Aires: De Palma, 1988. p. 54 *et seq.*

tou o artigo 51, da Constituição de 1978 daquele país, o qual estabelece aos poderes públicos que garantam a defesa dos consumidores.⁹

Já em 1985, a Organização das Nações Unidas, por intermédio da Resolução 39/248, de 16 de abril, estabeleceu não apenas a necessidade de proteção dos consumidores em face do desequilíbrio das suas relações com os fornecedores, como também regulou extensamente a matéria para garantir, dentre outros, os seguintes objetivos: “a) a proteção dos consumidores frente aos riscos para sua saúde e segurança; b) a promoção e proteção dos interesses económicos dos consumidores; c) o acesso dos consumidores a uma informação adequada que lhes permita fazer eleições bem fundadas conforme os desejos e necessidades de cada qual; d) a educação do consumidor; incluída a educação sobre a repercussão ambiental, social e económica que têm as eleições do consumidor; e) a possibilidade de compensação efetiva ao consumidor; f) a liberdade de constituir grupos ou outras organizações pertinentes de consumidores e a oportunidade para essas organizações de fazer ouvir suas opiniões nos processos de adoção de decisões que as afetem; g) a promoção de modalidades sustentáveis de consumo”. Para tanto, há a conclamação dos países-membros da Organização, para prover e manter infraestrutura para adequada proteção dos direitos dos consumidores, assim como editar normas visando regular principalmente os seguintes temas: segurança física do consumidor; promoção e proteção dos interesses económicos do consumidor; padrões de segurança e qualidade dos bens e serviços oferecidos ao consumidor; meios de distribuição de bens e serviços essenciais; regras para obtenção de ressarcimento pelo consumidor; programas de informação e educação do consumidor, e normas de proteção em setores específicos como de alimentos, água e medicamentos.

No Brasil, o Código de Defesa do Consumidor vai ser promulgado em princípio dos anos 90, cumprindo a determinação constitucional específica sobre o tema (artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Estabelece normas declaradamente de *ordem pública* (artigo 1.º), conferindo-lhes efetividade através da atribuição de competência jurisdicional cível, criminal e administrativa a diversos órgãos do Estado, assim como reconhece papel de destaque à auto-organização da sociedade civil, por intermédio das associações de consumidores e demais entidades de defesa do consumidor.

1.1 O DIREITO DO CONSUMIDOR E O DIREITO PRIVADO CLÁSSICO

O direito do consumidor, uma vez que se trata de um direito de proteção da parte vulnerável em uma relação de consumo, afasta-se do direito privado clássico e de seus postulados de origem na escola jurídica do jusracionalismo (séculos XVII e XVIII), reproduzidas nas codificações do século XIX, em especial o Código Civil francês de 1804 – o Código de Napoleão.

O direito privado clássico, representado pelo Código Civil como centro do ordenamento jurídico e expressão de todo o direito privado da época, é de tal modo hermético e abrangente,¹⁰ a ponto de dar origem à Escola da exegese, pela qual a identificação e compreensão de todo o

9. SANTOS, Oscar López. Protección jurídica del consumidor de servicios en España. *Revista da AJURIS*, v. I, p. 274-282. Edição Especial. Porto Alegre, mar. 1998.

10. Para uma excelente síntese histórica do direito privado clássico, veja-se, dentre outros: THIREAU, Jean Louis *Introduction historique au droit*. 2 ed. Paris: Flammarion, 2003. p. 269 *et seq.*; e HALPÉRIN, Jean Louis. *Histoire du droit privé français depuis 1804*. Paris: PUF, 2001. p. 45 *et seq.*

direito residia no Código Civil, e só era direito o que estava expresso nesta codificação.¹¹ Dentre os principais postulados do direito civil moderno encontra-se a *autonomia da vontade*, sendo o *contrato* e o *direito de propriedade* suas expressões maiores, configurados pela liberdade de manifestação da vontade, e correspondente vinculação ao pactuado (*pacta sunt servanda*) e a liberdade de exercício da propriedade, como direito que se exerce de modo mais absoluto (segundo o artigo 544, do Código Civil francês, até hoje vigente, “a propriedade é o direito de dispor e gozar da coisa do modo mais absoluto, sempre que não se faça dela uso proibido por lei ou pelos regulamentos”).

Contudo, a força e o protagonismo do princípio do *pacta sunt servanda* irão sofrer, ao longo do final do século XIX, e no decorrer do século XX, sensíveis transformações.

São exemplos destas alterações, o desenvolvimento, na França, da doutrina do *abuso do direito*, a partir de casos judiciais que reconheceram limites ao exercício do direito de propriedade, a chamada revolta do direito contra o Código – em contraposição ao caráter absoluto e estrito da interpretação e aplicação da lei – e, adiante, o gradativo reconhecimento em diversos ordenamentos jurídicos europeus, de uma finalidade social aos direitos subjetivos,¹² atuando ao mesmo tempo como critério e limite da vontade individual no exercício destas prerrogativas.

Já no princípio do século XX, a autonomia da vontade e sua decorrência lógica, o princípio do *pacta sunt servanda*, sofrem sensível modificação, por conta das consequências da I Guerra Mundial. No caso, a eclosão do conflito e seus efeitos sobre os contratos já celebrados, e que deveriam ser cumpridos, fizeram-se sentir em todo o continente europeu. Então é que, em resposta às situações que passaram a ocorrer, de impossibilidade do cumprimento das prestações pelas partes, sobretudo por conta de circunstâncias supervenientes, posteriores à celebração do contrato, mas que ao mesmo tempo eram imprevisíveis para os contratantes, surge, por obra da jurisprudência francesa,¹³ a chamada *teoria da imprevisão*.¹⁴ Destinada a corrigir o desequilíbrio das prestações em contratos, em face da alteração das circunstâncias, a teoria da imprevisão fundamentou, a partir do ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus* (“enquanto as coisas permanecerem as mesmas”), a possibilidade de revisão do contrato, para restabelecer o equilíbrio.

A possibilidade de revisão, neste caso, supera a premissa inicial vinculada ao princípio do *pacta sunt servanda*, de imutabilidade do contrato, uma vez que permite a alteração das prestações para corrigi-las, determinando-lhe equilíbrio, em homenagem à justiça contratual.

11. Lembre-se da famosa frase de Bugnet, representante da escola da exegese na França: “*Eu não ensino direito civil, ensino o Código de Napoleão*”.
12. Neste sentido, por exemplo, a reconhecida palestra de Otto Von Gierke, em Viena, publicada no princípio do século XX, e intitulada “Função social do direito privado”. GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado*. Trad. Por José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Española, 1904. No mesmo sentido, o conhecido trabalho de: RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. Trad. Agnes Schwarzschild. London: Routledge & Kegan Paul, 1976.
13. Em geral é citado como *leading case* da teoria da imprevisão na França o Caso da Compagnie General d'Éclairage de Bordeaux, decidido pelo Conselho de Estado, em 30 de março de 1916, em que a ocupação em razão da guerra de áreas produtoras de carvão afetaram o preço da matéria prima e consequentemente o custo da prestação da concessionária de serviço público, implicando na necessidade de revisão do contrato em razão das circunstâncias imprevistas determinadas pela guerra. Para a íntegra do caso, veja-se: LONG, M. et alli. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 16. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 189-197.
14. Sobre o desenvolvimento histórico da teoria da imprevisão, veja-se, dentre outros: FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *Revisão dos contratos. Do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 7 et seq.

Adiante, as crises econômicas pelas quais passou o mundo em fins da década de 1910 e durante grande parte da década de 1920, culminando com as consequências da quebra da Bolsa de Valores de New York, em 1929, fizeram com que a alternativa da revisão contrato, sobretudo sob o risco do inadimplemento, permanecesse a ser utilizada.

Com a Segunda Guerra Mundial, e, sobretudo, após seu término, assiste-se a profunda modificação da estrutura econômica dos países capitalistas e de seus modelos de negócio. Em grande parte impulsionada pelos avanços tecnológicos da área militar, consolida-se após o conflito, uma *crescente indústria dos bens de consumo de massa*, assim como a *crescente massificação do crédito* e da *atividade publicitária*, como novos elementos no cenário econômico mundial. Com isso, altera-se igualmente, o próprio modelo de contrato que inspirou as codificações do século XIX, e o próprio Código Civil brasileiro de 1916.

O *contrato*, a rigor vislumbrado como um acordo pessoal entre dois sujeitos, que negociam e estabelecem seu objeto através do pleno exercício da sua liberdade de contratar, tem seus traços fundamentais sensivelmente alterados.¹⁵ Ocorre o que se convencionou denominar de *despersonalização do contrato*. Ou seja, em decorrência da distância, da crescente ausência de contato direto entre os contratantes, não mais se observará uma autêntica negociação dos termos do ajuste. Os contratantes não mais se conhecem, no máximo, o contato se dá com um empregado ou preposto das empresas, muitas vezes sem poder de decisão. Ao mesmo tempo, o crescimento das empresas e a adoção de estruturas cada vez mais complexas de decisão pelas grandes corporações, terminam por dar causa a que, por parte destas, pãsse a existir a necessidade de uniformização dos contratos celebrados, facilitando seu planejamento, e mesmo a obtenção de maiores vantagens. Nasce aí, a figura das *condições gerais dos contratos* e dos *contratos de adesão*, que restringem a vontade de um dos contratantes apenas à decisão de celebrar ou não o ajuste, mas sem nenhuma relevância para definição do seu conteúdo.¹⁶

Estas circunstâncias dão origem então ao fenômeno dos *contratos de massa*, ou simplesmente o fenômeno da *massificação dos contratos*,¹⁷ pelo qual a adoção de práticas agressivas de contratação e a sensível restrição da liberdade de contratar de uma das partes (os não profissionais, leigos) assinalam a debilidade destes sujeitos na relação contratual, indicando a necessidade do reconhecimento desta situação pelo direito, de modo a promover a proteção do vulnerável. A *liberdade de contratar* e o princípio da *autonomia da vontade*, que fundamentavam o direito civil clássico, tornam-se insuficientes para assegurar a justiça e o equilíbrio nestas relações contratuais, determinando a necessidade da proteção dos mais fracos na sociedade de consumo de massas.

Isto passa, por certo, pela crítica da noção de *igualdade* advinda da Revolução Francesa, e que serve de inspiração para todo o direito civil moderno.¹⁸ A *igualdade formal*, consagrada no direito civil francês, e por sua influência, nos Códigos Civis de todos os países de tradição romano-germânica até então, propunha que o critério de igualdade que identificava a todos, era o fato de existirem como seres humanos, embasando, por outro lado, o individualismo filosófico e, afinal, o individualismo jurídico. Neste sentido, todos deveriam estar sujeitos a uma

15. Neste sentido, no direito brasileiro, veja-se a lição de: GOMES, Orlando. A função do contrato. In: GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 101-109.

16. Para a crise da teoria contratual clássica, por todos: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 52 et seq.

17. ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 2002. p. 174.

18. THIREAU. *Introduction historique au droit*, p. 294.

mesma lei, e exercer sua liberdade na esfera de permissão do direito privado, em absoluta igualdade de condições jurídicas. É certo que este conceito, que tem sua origem na reação da Revolução Francesa contra estamentos privilegiados do Antigo Regime monárquico (nobreza e clero), atendeu aos reclamos da época em que se desenvolveu, e neste tempo teve, certamente, uma importante função de afirmação das liberdades públicas e da proteção do indivíduo contra o Estado.

Todavia, com o advento da sociedade de consumo de massas¹⁹ e da nova forma de produção capitalista, o reconhecimento de que, ainda que sejam todos os seres humanos substancialmente iguais, podem ocupar *posições de desigualdade* no curso das relações sociais e econômicas. Tal consideração inspirou a recuperação, pelo direito, de antiga noção de igualdade, derivada do pensamento de Aristóteles, conhecida como *igualdade material*, admitindo-se o reconhecimento de diferenças, e neste sentido, a possibilidade de um *tratamento desigual para desiguais*. Consiste a igualdade material na proposição de que se devem tratar os iguais de modo igual, e os desiguais, desigualmente, na medida da sua desigualdade. A sociedade de consumo de massas identificou, em termos de apropriação dos bens de consumo, duas personagens bem definidas. De um lado, um sujeito cuja função econômica é a consumir, adquirir os bens da vida de seu interesse ou necessidade. De outro, uma ampla e cada vez mais complexa cadeia de agentes econômicos, ocupados do processo de produção e fornecimento destes bens, que por sua força econômica ou expertise profissional, assumem posição de poder na relação contratual com o adquirente dos produtos ou serviços fornecidos.

O direito do consumidor tem nesta tensão entre os interesses dos agentes econômicos que se dedicam ao fornecimento de produtos e serviços, e os seus consumidores seu objeto de regulação. E parte do reconhecimento da existência de uma desigualdade entre eles, a justificar o estabelecimento de normas de proteção para os consumidores, por intermédio da intervenção do Estado em setores que até então estavam confiados exclusivamente à liberdade de iniciativa dos particulares. Esta distinção implicará, necessariamente, diferenciação das normas do direito do consumidor com relação ao direito civil. Tanto em matéria contratual, mediante o reconhecimento de normas cogentes de formação do conteúdo do contrato e de vinculação do fornecedor, quanto em matéria de responsabilidade civil.

Neste âmbito, as transformações do direito do consumidor em relação ao direito privado clássico são de grande importância. Em matéria de responsabilidade civil, a regra do direito privado clássico era a de “nenhuma responsabilidade sem culpa”, consagrando a denominada *responsabilidade subjetiva*. As crescentes modificações técnicas e econômicas do século XX, a concentração cada vez maior da população nos grandes centros urbanos, assim como seu crescimento vegetativo,²⁰ determinou a insuficiência do critério, frente ao surgimento de novos riscos e a dificuldade prática de demonstração da culpa em muitas situações. A noção de culpa,

19. Conforme sugere Jean Baudrillard, os consumidores na sociedade de consumo contemporânea, ocupam o lugar dos operários no século XIX, sem a possibilidade de intervenção do meio social, com vistas à realização de suas necessidades, ou de um tratamento adequado por parte dos demais agentes econômicos. Segundo esta compreensão do fenômeno do consumo, o poder ou soberania do consumidor (*powerfull consumer*) existiria apenas em condições nas quais este consumidor se contente apenas em consumir, e não se insurgir contra a estrutura da sociedade de consumo. BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 86-87.

20. Este crescimento vegetativo é especialmente demonstrável entre o final da Segunda Guerra Mundial, e o final do século XX. Nestes pouco mais de 50 anos, a população mundial aumentou de um bilhão para cerca de seis bilhões de pessoas, segundo cálculos mais recentes.

recepcionada pelo direito moderno²¹ em face de grande influência do direito canônico e das concepções cristãs da Idade Média,²² não se apresenta como critério útil para solução das situações das quais decorrem danos, na sociedade complexa do século XX.

No próprio direito civil, há um crescente abandono do critério da presença de culpa em diversas situações, optando-se pela adoção do critério do risco, como fundamento para imputação de responsabilidade, e dando origem à *responsabilidade objetiva*. No caso, a imputação de responsabilidade pelo risco desenvolve-se gradativamente, sobretudo em relação aos critérios de eleição dos riscos a serem considerados para atribuição da responsabilidade.

Daí é que a ciência do direito civil vai desenvolver diversas categorias de risco, indicando cada uma a um determinado setor da vida de relações, visando à solução adequada da necessidade de reparação de danos.²³ Surge então, inicialmente, o *risco-proveito*, cuja causa de imputação de responsabilidade vincula-se a quem obtenha aproveitamento econômico de certas atividades cuja realização acarrete o risco. Segue-se o *risco-criado*, cujo critério de imputação considera simplesmente a atividade que tenha dado causa ao risco que venha a projetar-se como dano, sem exigir a presença de vantagem econômica decorrente desta atividade. E por fim, o *risco integral*, que amplia sensivelmente o âmbito de imputação de responsabilidade para todos os danos que vierem a ser causados em razão do desenvolvimento de determinada atividade, não admitindo, em regra, exceções a esta responsabilização.

O direito do consumidor, e a premissa da qual este parte, de desigualdade fática entre consumidor e fornecedor, impõe então que em matéria de responsabilidade civil decorrente das relações de consumo, adote-se o critério da responsabilidade objetiva, independente da demonstração de culpa. A finalidade é contemplar situações nas quais, em face da vulnerabilidade do consumidor e da ausência de conhecimento sobre a atividade de fornecimento de produtos e serviços, o fornecedor, *expert* em sua atividade profissional habitual, e que dá causa ao risco em razão da atividade econômica que desenvolve, responda pelos danos que dela sejam decorrentes.

É certo, contudo, que o direito do consumidor não existe por si só. Como direito especial que é, não exclui simplesmente o direito civil. Ao contrário, conforme assinala Claudia Lima Marques, o que passa a existir entre o direito do consumidor e o direito civil é uma relação de complementaridade.²⁴ As bases e fundamentos do direito do consumidor, sua base conceitual, e a lógica em matéria de direito material do consumidor (contratos e responsabilidade civil) tem sua sede no Código Civil.

Por outro lado, nos últimos vinte anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor (CDC), o direito do consumidor, dado seu caráter inovador sobre todo o direito privado e, so-

21. Para a discussão do conceito de culpa em direito comparado, veja-se o estudo de: BUSSANI, Mário. *As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado*. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 9 et seq.

22. CHIRONI, G. *La colpa extra contrattuale nel diritto civile odierno*, 2. ed. Torino: Fratelli Bocca Editore, 1906. v. I, p. 3 et seq.; MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1977. p. 36 et seq.

23. Para a classificação, veja-se: CAVALLIERI, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil*, São Paulo: Forense, 2004. v. XIII, p. 12-16.

24. Assim Claudia Lima Marques, na introdução aos nossos Comentários: MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 25-58.

bretudo, considerando que seu advento deu-se ainda quando o direito civil brasileiro encontrava-se sob a égide do Código Civil de 1916, assume um papel principal no amplo processo de renovação do direito privado brasileiro. Este fenômeno, aliás, não se deu apenas no direito brasileiro. Na França, Nathalie Souphanor, ao estudar a influência do direito do consumo francês sobre o sistema jurídico daquele país, observa que os diferentes conflitos de leis ou de princípios tradicionais no direito civil clássico, dão lugar a uma «spécie de coerência restaurada, não apenas vinculada à posição hierárquica das leis, mas, sobretudo, uma coerência funcional,²⁵ decorrente do pluralismo de fontes jurídicas,²⁶ estabelecendo influências específicas entre as diversas normas do ordenamento, em especial, entre os microsistemas de direito privado e o próprio Código Civil, na condição de centro do sistema.

1.2 O DIREITO DO CONSUMIDOR E OS NOVOS DIREITOS

Em conhecida obra,²⁷ o jurista italiano Norberto Bobbio denominou o atual momento histórico do direito como *Era dos direitos*. A expressão cunhada por Bobbio revela uma das características dos tempos atuais, em que o reconhecimento dos direitos humanos no plano internacional e de direito interno adquire enorme destaque. Da mesma forma, o reconhecimento crescente dos direitos humanos em nosso tempo vai observar também uma tendência a que se vai identificar como *especificação*. Segundo o mestre italiano, esta tendência consiste “na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direitos. Ocorreu com relação aos sujeitos, o que desde o início ocorrera com relação à ideia abstrata de liberdade, que se foi progressivamente determinando em liberdades singulares e concretas”. E prossegue afirmando: “Essa especificação ocorreu com relação, seja ao gênero, seja às várias fases da vida, seja à diferença entre estado normal e estados excepcionais da existência humana. Com relação ao gênero foram cada vez mais reconhecidas as diferenças específicas entre a mulher e o homem. Com relação às várias fases da vida foram-se progressivamente diferenciando os direitos da infância e da velhice, por um lado, e os do homem adulto por outro...”²⁸

Esta tendência de especificação, todavia, não se restringe aos direitos humanos da segunda Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, ou mesmo não se dá de modo exclusivo no plano do direito internacional.²⁹ A incorporação dos direitos humanos pelo ordenamento jurídico interno dos diversos países, e sua consagração como direitos fundamentais, exigiram do legislador nacional e dos operadores do direito em geral, a previsão gradativa de instrumentos que lhes deem efetividade. Da mesma maneira, o rol de direitos humanos reconhecidos *a priori* na ordem internacional, é complementado e desenvolvido ao longo do

25. SOUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000. p. 30.

26. Conforme propõe: JAYME, Erik. *Intégration culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. Recueil des Cours de L'Académie de Droit International de la Haye*, t. 251, II, 1995. p. 251. Entre nós, a conhecida posição de Claudia Lima Marques: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 28-29.

27. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Nelson Coutinho. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

28. *Idem*, p. 62-63.

29. Para o tema, veja-se: COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 134.

tempo, reconhecendo-se novos direitos e operando sua incorporação no direito interno. É o caso do direito do consumidor. A defesa dos consumidores, como afirma entre nós, José Afonso da Silva, responde tanto a razões econômicas, derivadas do modo segundo o qual se desenvolve grande parte do tráfico mercantil, assim como a adaptação do texto constitucional ao estado de coisas atual, na sociedade de consumo, “em que o ter mais do que o ser é a ambição de uma grande maioria das pessoas que se satisfaz mediante o consumo”.³⁰ Contudo, mais do que isso, quer parecer que o reconhecimento do direito do consumidor tem por objetivo a proteção da *necessidade de consumir* na sociedade de consumo. Em outros termos, consumir é condição de existência digna na sociedade de consumo de massas contemporânea. E nesse sentido, a consideração e qualificação jurídica do ato de consumir, e das relações a ele concernentes, impõem o reconhecimento dos direitos do consumidor.

1.3 O MICROSSISTEMA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor caracteriza-se em nosso direito, a exemplo de outros sistemas jurídicos de sistema romano-germânico, como espécie de microssistema. A expressão microssistema ganhou importância a partir da conhecida obra de Natalino Irti, na Itália, intitulada *Letà della decodificazione*,³¹ cujo argumento principal sustentava que a multiplicação de leis especiais teria feito com que o Código Civil perdesse condições de colocar-se como centro do sistema de direito privado. Neste sentido, sustentava Irti, passara-se à superação da época dos grandes Códigos totais, prevendo a universalidade das condutas juridicamente relevantes entre os particulares, operando-se a passagem para um período de relativa atomização das normas e relações jurídicas, que passariam a ser reguladas mais em acordo com suas distinções do que em relação a seus aspectos gerais, em vista de seus aspectos comuns.

Assim, por exemplo, ocorreu no direito francês, no qual diversas leis passam a ser editadas e a conviver com a lei geral (Código Civil), o que se apresenta, inclusive, como uma das razões para a longevidade daquela codificação, de mais de 200 anos.³² É o caso do Código Rural de 1955, o Código de Urbanismo de 1973, o Código de Seguros de 1976, o Código de Construção e Habitação de 1978, o Código de Propriedade Intelectual de 1992, e o próprio Código do Consumo de 1993 (o qual se faz com a consolidação de diversas normas esparsas já vigentes no direito francês).³³

Nesta realidade de diversas leis especiais, autônomas, o Código Civil deixa de ter, em um primeiro momento, qualquer espécie de influência sobre o âmbito de aplicação destes novos estatutos, que passam a constituir sistemas próprios, com centros de gravidade autônomos.³⁴

30. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 266.

31. IRTI, Natalino. *L'etat della decodificazione*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1989.

32. Neste sentido: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Os contratos no Código Civil francês e no Código Civil brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 28, p. 5-14. Brasília: CEJ, jan.-mar. 2005.

33. CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consumation*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000. p. 2-3.

34. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e Constituição. Premissas de uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

O microsistema do direito do consumidor, neste sentido, surge a partir da promulgação do Código de Defesa do Consumidor. O próprio constituinte, ao determinar no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o legislador elaboraria um Código, indica uma organização normativa sistemática, de regras e princípios, orientada para a finalidade constitucional de proteção do mais fraco na relação de consumo.

A abrangência do microsistema do direito do consumidor foi definida pelo legislador brasileiro a partir da definição dos sujeitos da relação de consumo – consumidor e fornecedor – e do seu objeto – o produto ou serviço. No caso, trata-se de conceitos relacionais, ou seja, a identificação de um consumidor em dada posição jurídica depende da existência de um fornecedor na mesma relação, sendo que um só existirá, quando existir o outro.

A própria estrutura do CDC, neste sentido, possui características de codificação, uma vez que dá tratamento abrangente àquela relação jurídica específica que elege para regular. Estrutura-se a partir da identificação do âmbito de incidência da lei, seus princípios (artigo 4.º) e direitos básicos do sujeito protegido (eficácia da norma, artigo 6.º), assim como os aspectos principais do direito material do consumidor (contratos e responsabilidade civil), direito processual (tutela especial do consumidor), direito administrativo (competências e sanções) e direito penal (crimes de consumo). Faz-se, portanto, um corte transversal em diversas disciplinas jurídicas, incorporando em uma só lei aspectos próprios de distintos ramos do direito vinculados logicamente pela ideia-força do CDC, de proteção do consumidor.

Da mesma forma, a definição legal de consumidor, eixo central de determinação do âmbito de aplicação do CDC, é realizada pelo legislador com atenção à Constituição, que estabelece o imperativo da defesa dos seus interesses. O princípio orientador, que ao mesmo tempo justifica e orienta a defesa do consumidor, é o da sua vulnerabilidade, que se apresenta como presunção legal: todo consumidor é vulnerável, e por isso é destinatário de proteção jurídica especial do Código.

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

2

SUMÁRIO: 2.1 A defesa do consumidor como direito fundamental – 2.2 A defesa do consumidor como princípio da ordem constitucional econômica – 2.3 A defesa do consumidor na Constituição da República de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor – 2.4 O CDC como lei de ordem pública e interesse social – 2.5 Competências legislativas e executivas dos entes federados de defesa do consumidor.

Na exata constatação de Robert Alexy, “os direitos humanos só podem desenvolver seu pleno vigor quando garantidos por normas de direito positivo, isto é, transformados em direito positivo”.¹ O constituinte brasileiro, afeito a esta constatação, não apenas garantiu os direitos do consumidor como direito e princípio fundamental, como determinou a legislador a realização de um sistema com caráter normativo, que garantisse a proteção estabelecida pela Constituição. O Código de Defesa do Consumidor, consagrando um novo microsistema de direitos e deveres inerentes às relações de consumo, aproxima de modo mais efetivo suas proposições normativas dos fatos da vida que regula. Distingue-se neste ponto, da tradição histórica dos códigos de direito privado, de resto construídos sob os auspícios da racionalidade liberal-individualista dos séculos XVIII e XIX.² A razão desta característica do direito do consumidor se encontra basicamente em dois fatos. Primeiro, o de que o significado do sujeito designado como consumidor nasce na *teoria econômica*, sobretudo a partir da identificação de uma *realidade econômica*.³ Segundo, a característica própria do Código que, ao

1. ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos humanos*. Tradução de Luis Villar Borda: Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 93.
2. A respeito, veja-se: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fund. Calouste Gubenkian, 1993. p. 305 *et seq.* Igualmente, a *abordagem* de Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999. p. 136 *et seq.*
3. Neste sentido as conclusões de Fábio Konder Comparato, em estudo pioneiro na doutrina nacional, de que a realidade das relações entre produtores e consumidores no sistema capitalista forçou o reconhecimento dos economistas de que “a realidade primária a ser levada em consideração, na análise de mercado, não são as necessidades individuais dos consumidores e sim o poder econômico dos organismos produtores, públicos ou privados”. Conforme: COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 14, p. 81 *et seq.* Porto Alegre: PGE-RS, 1976. Esta referência leva

determinar o âmbito de incidência da norma, recorre à definição e aos sujeitos que compõem a relação jurídica de consumo (consumidor e fornecedor). Esta opção legislativa, embora reconhecidamente desaconselhável no que diz respeito à atividade legislativa, neste caso teve sua razão de ser.⁴

O CDC, como é sabido, surge de expressa determinação constitucional (artigo 48 do ADCT). E tanto na consagração do direito do consumidor como direito fundamental (artigo 5.º, XXXII), no seu estabelecimento como princípio da ordem econômica (artigo 170, V), quanto na previsão expressa da competência legislativa da União para legislar sobre responsabilidade por danos causados (artigo 24, VIII), resta identificado como sujeito específico, titular de um direito subjetivo constitucional. Assim, a referência à relação de consumo, como realiza o Código de Defesa do Consumidor, constitui na verdade uma estratégia legislativa para identificar a partir desta um dos seus sujeitos, e determinar-lhe a proteção. Não há, portanto, uma determinação constitucional de proteção do consumo, mas do consumidor – nas palavras de Claudia Lima Marques, um novo sujeito pós-moderno de direitos.⁵

A consagração de direitos fundamentais para sujeitos de relações privadas, como o consumidor na relação de consumo, choca-se com o conceito liberal clássico de Constituição, e sua

a desmistificação do consumidor como elemento determinante do processo econômico, em razão da sua capacidade de determinar a demanda (posição ativa). Em regra, a sofisticação dos processos produtivos determinou a inversão desta lógica primária, indicando ao consumidor, sobretudo na sociedade pós-moderna de serviços, o papel de receptor de ofertas e convites a contratar de modo intenso, que determina à oferta uma posição prevalente em relação à demanda, e a situação reflexiva do consumidor em relação ao produtor/fornecedor (posição passiva). No mesmo sentido, para a compreensão do fenômeno no processo de desenvolvimento econômico, veja-se: MOORE JR. Barington. *Aspectos morais do crescimento econômico*. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 11 et seq. Sobre o chamado movimento dos consumidores nos países anglo-saxões e seus reflexos jurídicos, veja-se: ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 2002. p. 3-13.

4. Neste sentido: FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 17-27. Indica o professor paulista que ao tempo em que se procurou definir o consumidor de acordo com o significado estritamente econômico do termo, a definição de fornecedor prestou-se à máxima amplitude. Tal opção prende-se a finalidade de excluir do significado de consumidor qualquer sentido de ordem sociológica, psicológica, filosófica ou mesmo literária, permitindo apenas a tomada dos conceitos em termos individuais, coletivos, ou por equiparação.
5. MARQUES, Claudia Lima. *Direitos básicos do consumidor...*, p. 67. Segundo a autora, a noção de sujeito de direito pós-moderno, ou sujeito perfeito, significa que este recebe direitos eficientes e não apenas programáticos, no que estaria adaptado à perspectiva pós-moderna de pluralismo de sujeitos e de leis. A reconhecida análise baseia-se na teoria do professor da Universidade de Heidelberg, Erik Jayme, que ao examinar os reflexos da cultura pós-moderna no direito, identifica o fenômeno de perda do referencial da verdade do discurso jurídico, mas ao mesmo tempo o reconhecimento de direitos individuais à diferença. Assim, de sujeitos diferentes reclamando tratamento legal que respeite esta diferença. Segundo Jayme: "Cette affirmation de la différence peut apparaitre contraire au principe fondamental, énoncé dans plusieurs instruments des Nations Unis, de l'égalité de l'homme sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion et aux droits a un traitement égal dans le domaine social, économique et commercial. A mon avis, le contraste n'est qu'apparent. Le principe de l'égalité exige que les situations différents soient traitées différemment". Conforme JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Cours général de droit international privé. Haia, 1995. p. 251.

definição como documento de organização e limitação do poder político.⁶ Todavia, é animada por uma nova concepção sobre o sentido e a função da Constituição,⁷ construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz – de acordo com o preconizado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 10 de dezembro de 1948.

E, em face deste novo significado de Constituição, cujas raízes históricas fogem do objeto do presente estudo – mas que guardam sua origem nas transformações sociais profundas desde o início do século XX⁸ – um novo fenômeno de aproximação entre as esferas pública e privada passa a ser realizado. A separação entre o público e o privado, que no direito manifestava-se, até então, por rígida dicotomia visando à preservação da liberdade individual do homem burguês em relação ao Estado, é superada, sobretudo, pela elevação ao nível constitucional de inúmeras matérias tradicionalmente reguladas por normas ordinárias. A partir deste fenômeno, então, cada uma das categorias fundantes do direito privado (*pessoa, família, propriedade e contrato*), passa a estar presente – em maior ou menor grau – na Constituição.⁹ E em relação à pessoa, sujeito de direitos, ou seja, em relação a quem as Constituições passam a afirmar expressamente sua dignidade e a disciplinar, em detalhes, seus respectivos direitos, esta transformação será de tal relevância que dará causa a entendimentos identificando o próprio direito civil como espécie de direito constitucional da pessoa, tal a importância da sua tutela.¹⁰

No Brasil, os reflexos deste fenômeno da *constitucionalização do direito civil* vão se apresentar, de modo expressivo, na Constituição de 1988, por intermédio da disciplina constitucional dos temas vinculados historicamente ao direito privado, e regulados com pretensão exaustiva pelo Código Civil de 1916. Assim, por exemplo, a *propriedade*,¹¹ a *família*¹² e a *crian-*

6. De acordo com esta concepção liberal-clássica de Constituição, *materialmente constitucionais* seriam apenas as normas as que regulassem a organização e o exercício do poder político, bem como as prerrogativas dos jurisdicionados de participação nas questões públicas. As demais, embora consagradas na Constituição, só o seriam em caráter formal uma vez que estranhas ao caráter impresso pelo artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 27 de agosto de 1789, que delimitava o caráter das normas constitucionais em conhecidos termos.
7. Segundo José Afonso da Silva, as constituições contemporâneas constituem-se de normas que regulam e determinam finalidades a matérias as mais diversas, razão pela qual possuem um *caráter polifacético* constituído pelos diversos elementos formadores destas constituições, quais sejam: a) *elementos orgânicos*, que regulam a estrutura do Estado e do Poder; b) *elementos limitativos*, que se manifestam nas normas que consubstanciam os direitos e garantias fundamentais; c) *elementos socioideológicos*, que revelam o estado de compromisso das Constituições entre o Estado individualista e o Estado social; d) *elementos de estabilização constitucional*, consagrados nas normas de resolução dos conflitos constitucionais e de defesa da Constituição; e) *elementos formais de aplicabilidade*, constituídos pelas normas que indicam quais das normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 44-45.
8. A respeito, o reconhecido estudo de HOBBSAWN, Eric. *A era dos extremos. O breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
9. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1991. p. 70.
10. *Idem*, p. 71-72.
11. Artigo 5.º, XXII, XXIII, XXIV, XXV, XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX, XXX e XXXI; artigo 170, II e III; artigo 225, § 1.º, III, IV, V, VII e § 2.º.
12. Artigo 226 e 229.

ça e o adolescente,¹³ receberam extensa regulação por parte das normas constitucionais. Esta nova realidade, como vai demonstrar Gustavo Tepedino, rompe do ponto de vista legislativo, com os valores de estabilidade e segurança pretendidos pelo Código Civil de 1916, determinando ao intérprete a tarefa de redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição. E o legislador, da mesma forma, intervém nas relações de direito privado, modificando o eixo de referência deste, do Código Civil para a Constituição.¹⁴

A incorporação, pela Constituição da República, de relações jurídicas antes determinadas pelo direito civil, faz com que os direitos de titularidade dos sujeitos destas relações jurídico-privadas também comportem uma alteração qualitativa de *status*, passando a se caracterizar como direitos subjetivos de matriz constitucional. E esta alteração, antes de significar mero artifício dogmático, tem consequências concretas na tutela dos respectivos direitos. No *mínimo*, estabelecendo-os como *preferenciais* em relação a outros direitos de matriz infraconstitucional. No *máximo*, determinando providências concretas para sua *realização*.

Sobre essas premissas é que se assenta a investigação acerca do significado específico do direito do consumidor e sua previsão expressa na Constituição de 1988, como direito fundamental (artigo 5.º, XXXII) e princípio da ordem econômica (artigo 170, V). A importância deste exame se destaca, sobretudo quando existam situações específicas de aparente colisão destes direitos com outros, de fundamento jurídico diverso, como são exemplos as normas de proteção do consumidor e as exigências administrativas (inclusive veiculadas por intermédio de normas administrativas) da prestação dos serviços públicos,¹⁵ ou mesmo a definição dos âmbitos de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor em relação às situações reguladas pelo Código Civil.

2.1 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A caracterização da defesa do consumidor como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, surge da sua localização, na Constituição de 1988, no artigo 5.º, XXXII, que determina expressamente: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Insere-se a determinação constitucional, pois, no Capítulo I, “Dos direitos e deveres individuais e coletivos”, do Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”. Como primeiro efeito desta localização topográfica do direito do consumidor no texto constitucional, tem-se assentado na doutrina e na jurisprudência brasileira que a localização do preceito constitucional neste setor

13. Artigo 227.

14. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 13. Em verdade, o impacto do Código Civil no direito brasileiro do início do século XX foi, sem dúvida, de uma energia incomparável, dado os próprios atributos que se pretendiam determinar ao Código, como a “*constituição do direito privado*”. É esclarecedor para a compreensão das modificações substantivas das relações entre o direito privado e a Constituição, o exame do entendimento de Clóvis Beviláqua, sobre os reflexos da então novel Constituição de 1934 sobre o direito civil, na comparação com os atuais estudos acerca destas relações. Dos diversos aspectos da Constituição de 1988 já referidos, em 1934 o único que se afigura relevante, sobretudo pelo seu caráter de inovação, será o regime jurídico constitucional da propriedade, tornando defeso o exercício deste direito “contra o interesse social e coletivo, na forma que a lei determinar”. Assim: BEVILÁQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil. RT, v. 97, n. 34, p. 31-38. São Paulo: RT, set. 1935.

15. O CDC, em seu artigo 22, prevê que os serviços públicos deverão ser adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. A respeito, veja-se o item 5.4.3, *infra*.

privilegiado-da Constituição, a rigor, o coloca a salvo da possibilidade de reforma pelo poder constituinte instituído.¹⁶

Os direitos fundamentais, no sentido observado pela moderna doutrina constitucional, constituem a base axiológica e lógica sobre a qual se assenta o ordenamento jurídico.¹⁷ Por essa razão, colocam-se em posição superior relativamente aos demais preceitos do sistema de normas que conformam o ordenamento. De outro modo, embora encerrem os valores fundantes de um determinado sistema jurídico, não se apresentam da mesma forma, ou com idêntica potencialidade para realização ou produção de efeitos. Em regra, a eficácia dos direitos fundamentais vincula-se à norma constitucional que determina seu *status*, e em razão disso, depende desta para a produção dos respectivos efeitos.¹⁸

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000 (DO 18.12.2000), consagra expressamente em seu artigo 38, que “as políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores”. Neste sentido, é preciso identificar no seu preâmbulo, a consideração da necessidade de conferir maior visibilidade aos direitos fundamentais por intermédio daquela Carta, a fim de reforçar sua proteção “à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica”.

Com relação ao direito do consumidor, tomando por base a doutrina dos direitos fundamentais de Robert Alexy, podemos identificá-los como espécies de *direitos de proteção*, pelos quais o titular do direito exerce-o frente ao Estado para que este o proteja da intervenção de terceiros.¹⁹ Neste sentido, o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em *direito à proteção do Estado contra a intervenção de terceiros*, de modo que a qualidade de consumidor lhe atribui determinados direitos oponíveis, em regra, aos entes privados, e em menor grau (com relação a alguns serviços públicos), ao próprio Estado (e.g. o artigo 22 do CDC).

Esta proteção conferida ao consumidor corresponde, ao mesmo tempo, a um dever do Estado de *promover* este direito.²⁰ E a forma determinada na Constituição para a realização do

-
16. Segundo o artigo 60, § 4.º, IV, da Constituição, que estabelece a vedação de que seja objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais.
 17. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991. p. 192 *et seq.* No mesmo sentido: Heck, Luiz Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, p. 112. Porto Alegre: Síntese, 1999.
 18. A respeito da eficácia das normas constitucionais, veja-se na doutrina brasileira: SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Também: DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.
 19. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 435. Entre nós, veja-se: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 30, p. 97 *et seq.* São Paulo: RT, abr.-jun. 1999. As formas de proteção se estabelecem tanto do ponto de vista legislativo, consagrando direitos e garantias objetivas, quanto meios reais de tutela destes direitos, a partir de institutos processuais próprios. Veja-se a respeito: BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. em especial: p. 123 *et seq.*
 20. Assim o artigo 60 da Constituição portuguesa que consagra o direito dos consumidores à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e a informação e à proteção de sua saúde, segurança e seus direitos econômicos, assim com a reparação dos danos sofridos. O artigo que estabelece a defesa do consumidor, diga-se, deve ser observado em razão do artigo 9.º da mesma Constituição que em sua redação determinada pela Reforma de 1982, estabelece como missão fundamental do Estado “acrescer o bem estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, assim como a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais...”. A Constituição espanhola em

dever se dá por intermédio da atividade do legislador ordinário (a locução “na forma da lei”, do preceito constitucional). A Constituição, deste modo, assinala o *dever do Estado* de promover a proteção, indicando a decisão de como realizá-la ao legislador ordinário.²¹

A forma como se passa a compreender os direitos fundamentais, sobretudo a partir da interpretação que lhe dá a Corte Constitucional Alemã, pela aplicação da Lei Fundamental de Bonn, faz com que o Estado evolua da posição de adversário – típica da conformação dos chamados *direitos-liberdades* – para uma posição de *garantidor* destes direitos,²² o que vai determinar do Poder Público, não apenas uma proibição do excesso, mas também a proibição da omissão. Fica estabelecido ao Poder Público, a partir da Constituição, um dever de agir, de atuar positivamente na realização dos direitos fundamentais.

Por outro lado, o estabelecimento de proteções e distinções com base em determinadas qualidades individuais do sujeito a quem estas aproveitam, sempre faz emergir a questão relativa ao respeito à igualdade. Concretamente, até que ponto aquele a quem se vai determinar como destinatário de proteção jurídica não irá, em razão desta proteção, estar desrespeitando ou contradizendo o *direito à igualdade*, de mesmo *status* constitucional. E no caso dos direitos do consumidor, até que ponto este não estará rompendo com uma relação necessária de igualdade em face dos demais sujeitos, e notadamente em relação ao fornecedor, coparticipe da relação jurídica de consumo?

A doutrina consumerista desde sempre argumenta que ao estabelecer-se proteção específica ao consumidor, o que se promove é a *equalização*, por meio do direito, de uma relação *faticamente desigual*. Neste sentido, soa ilusória a percepção de uma relação fática de igualdade em fenômenos nos quais os agentes econômicos distinguem-se pelo poder econômico ou pelo conhecimento e domínio técnico que dispõem, o que lhes confere determinada dimensão e feixe de prerrogativas no âmbito negocial.²³ Na verdade, o que se convencionou indicar como relação de igualdade, sobretudo centrada na figura do contrato entre *livres e iguais*, tratou-se de uma conformação própria do liberalismo político e econômico, traduzido no *individualismo jurídico*, que acabou por redundar no dogma da autonomia da vontade. Fundado na ideia de *liberdade para contratar entre iguais*,²⁴ do que, conseqüentemente, surgiu a força obrigatória dos

seu artigo 51, primeira parte, dispõe: “Os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos”. Observe-se a força normativa dos comandos expressos “defesa”, “protegendo”, “procedimentos eficazes”, “legítimos interesses”, que vão ser estabelecidos pela Lei 26, de 19 de julho de 1984.

21. No mesmo sentido a jurisprudência constitucional alemã, sublinhada por Alexy, pela qual a decisão de como realizar o dever se encontra “em primeira linha”, “em grande medida” ou “basicamente”, com o legislador. Assim o exemplo que cita o autor, do dever de proteção da vida humana, cuja forma de realizá-lo pela escolha de medidas de proteção adequadas e devidas estarão na esfera da decisão do Estado. ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 448.
22. Assim: MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 209.
23. ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 18. Trata-se do que Canotilho denomina “*poderes privados*”, passíveis portanto de uma eficácia horizontal dos direitos fundamentais, protegendo-os contra violação. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 1998. p. 1.157.
24. Sobre o questionamento pós-moderno do paradigma da igualdade dos contratantes, veja-se: GHERSI, Carlos Alberto. La paradoja de la igualdad del consumidor en la dogmatica contractual. *Revista*

pactos contraídos entre homens livres (*pacta sunt servanda*), o único modo de excluir-se à vinculatividade da obrigação, por muito tempo, fora a alegação dos chamados vícios de consentimento.²⁵ Concentrou-se, pois, na construção de um significado de igualdade jurídica abstrata, manifestada, sobretudo, através do instituto do contrato,²⁶ mas que não guardava relação com a situação fática específica.

Neste aspecto reside o argumento de força que permite sustentar a não violação do direito à igualdade pelo estabelecimento de direitos de proteção em relação ao consumidor. A distinção que propõe Robert Alexy, entre a chamada *igualdade jurídica (de iure)* e a *igualdade de fato*, é o cerne da justificação dos chamados *direitos de proteção* que propõe. A interpretação da Corte Constitucional Alemã, conforme indica Alexy, é extremamente ambígua, mas desta avulta o entendimento de que o legislador, a princípio, não pode conformar-se em aceitar as diferenças de fato existentes em uma determinada situação, se estas são incompatíveis com exigências de justiça. Havendo esta incompatibilidade, deverá eliminá-la.²⁷ Neste sentido, a fórmula a que se chega para fundamentar a não violação do direito à igualdade – e em alguma medida a isonomia – pelo estabelecimento do direito de proteção do consumidor, é a clássica fórmula de raiz aristotélica sobre a igualdade, do *tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida da sua desigualdade*. Em se tratando da relação de consumo, a figura da desigualdade fática, é que legitimará o tratamento jurídico desigual na medida desta desigualdade real.

Do ponto de vista jurídico, Alexy indica a estrutura do direito subjetivo à igualdade, a partir das seguintes fórmulas: “(a) Se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual; (b) Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual”.²⁸ A desigualdade, *in casu*, reside na posição favorecida do fornecedor em relação ao consumidor, sobretudo em razão de um pressuposto poder econômico ou técnico mais significativo, que corresponderá, necessariamente, a uma posição de fragilidade e exposição do consumidor, o que se convencionou denominar de *vulnerabilidade* deste em relação àquele.

Uma segunda questão a ser enfrentada acerca do direito do consumidor, consiste no esclarecimento se este direito subjetivo constitui-se num direito humano, no sentido atribuído a este conceito pela doutrina jurídica. Por direitos humanos, tem-se no plano histórico uma série de direitos inatos declarados por intermédio da célebre *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, a qual se seguiram outros documentos,²⁹ e tem no século XX a sua expressão de maior relevo na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 10 de dezembro de 1948. Neste aspecto, a expressão *direitos humanos*, como é intuitivo, traz em si a consideração de que é pressuposto necessário a um *direito humano*, que o seu titular seja uma *pessoa humana*.

de *Direito do Consumidor*, n. 36, p. 38. São Paulo: RT, out.-dez. 2000. No mesmo sentido: PINTO VIEIRA, Ana Lúcia. O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 59 et seq.

25. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, p. 44.

26. Interessante a respeito, a caracterização de Guido Alpa, sobre o conteúdo abstrato da noção de igualdade contratual no seu: ALPA, Guido. *Tutella del consumatore e controllo sull'impresa*. Bologna: Il Mulino, 1977. p. 79-80.

27. ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 407.

28. Idem, p. 416.

29. Conforme Nicola Manteucci, no verbete “Direitos humanos”. In: BOBBIO, Norberto; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 9. ed. Brasília: Editora da UnB, 1997. p. 353-4.

Tanto é verdade que, a rigor, o principal fundamento de apoio e legitimidade dos direitos fundamentais a que reconduz todo seu sistema de proteção, é o *princípio da dignidade da pessoa humana*. No exato entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, constitui a dignidade da pessoa o elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional,³⁰ de modo que todos os direitos e garantias nela estabelecidos guardam uma vinculação maior ou menor com este princípio.³¹

O princípio da dignidade da pessoa humana, neste aspecto, servirá igualmente como elemento de legitimidade dos direitos sociais, econômicos e culturais da Constituição,³² sobretudo ao manifestar o reconhecimento da pessoa humana como valor-fonte do direito,³³ e seu posicionamento a partir de uma dimensão histórica de pessoa, do sentido e da consciência que tenha de si e da necessidade do alargamento em todos os domínios da vida.³⁴

A referência a um novo sujeito de direitos, o consumidor, é antes de tudo, o reconhecimento de uma posição jurídica da pessoa numa determinada relação de consumo, e a proteção do mais fraco (princípio do *favor debilis*).³⁵ A rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras. Nesta perspectiva, a caracterização dos *direitos do consumidor* como *direitos humanos*, revela o reconhecimento jurídico³⁶ de uma necessidade humana essencial, que é a *necessidade do consumo*. Assim demonstram os conhecidos estudos que buscam aproximar as noções de *necessidades* e *direitos*.³⁷ Sobretudo, quando da verificação das normas positivas que detalham os direitos dos consumidores, observam-se expressões que dizem especialmente com a tutela da dimensão personalíssima do consumidor.³⁸

-
30. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 79.
31. *Idem*, p. 87.
32. *Idem*, p. 92.
33. Neste sentido: REALE, Miguel. *A nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 59 e ss.
34. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. t. IV, p. 44-5. Elucidativo, também, o conceito de dignidade da pessoa humana do professor gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet, qual seja, o de “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana*, p. 60.
35. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003. p. 15-16.
36. A rigor, a necessidade de reconhecimento jurídico de grupos ou categorias é uma das características distintivas da pós-modernidade: a busca de um *status* jurídico diferenciado, um estatuto jurídico de grupo, com o objetivo central de autoproteção. Neste sentido: MARQUES. *Contratos* ..., p. 89 et seq.
37. No caso, o célebre estudo de: AÑON ROIG, María José. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. Para a autora, a determinação de um vínculo entre necessidades e direitos encontra sua razão na projeção sobre os conceitos de autonomia e liberdade individual, bem como na tomada de decisões normativas de caráter público (p. 23). Trata-se, pois, da identidade entre direito subjetivo e as necessidades do sujeito, tendo por painal a dignidade da pessoa e sua máxima de garantia de condições básicas de vida.
38. Neste sentido veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 49, p. 40-76. São Paulo: RT, 2004. No mesmo sen-

Ocorre que a definição legal de consumidor no direito brasileiro abrange, como se verá adiante, "toda a pessoa física ou jurídica que adquire produto ou serviço como destinatário final" (artigo 2.º). A questão que se apresenta, é justamente considerar como titular de direitos fundamentais uma pessoa jurídica. É certo que tal seria impensável do ponto de vista lógico-jurídico. Todavia, nota-se que também a pessoa jurídica compõe-se de pessoas naturais, e neste sentido, a eficácia dos direitos fundamentais abrange igualmente a proteção de interesses e direitos de seus sócios e administradores e mesmo da própria pessoa jurídica enquanto projeção daqueles.³⁹ Imagine-se, por exemplo, a proteção do sigilo bancário de uma pessoa jurídica, largamente reconhecida em nosso direito. É hipótese de proteção de direitos fundamentais a partir da garantia de sigilo de informações de pessoa jurídica que, tipicamente, serve de instrumento à realização de atividade econômica por parte de seus sócios, administradores e empregados. A proteção do consumidor, neste sentido, visa à proteção de um bem jurídico supraindividual, integrado tanto pelo consumidor individual quanto pela coletividade de consumidores. Neste contexto, a definição legal estabelecida no CDC não parece destoar da proteção constitucional endereçada ao consumidor, em especial a que lhe reconhece como direito fundamental do cidadão.

Conforme enfrentaremos mais adiante, ao tratar da definição jurídica de consumidor, constitui elemento essencial para precisão do conceito sua subordinação econômica em relação ao fornecedor.⁴⁰ Neste sentido, sustenta Claudia Lima Marques, com apoio no direito estrangeiro, que as normas de tutela dos direitos dos consumidores nos contratos de consumo, ao definirem seu âmbito de aplicação, fazem referência tanto à necessidade de que os contratos sejam celebrados entre profissionais e não profissionais (opção francesa), quanto da existência de um dos sujeitos com a finalidade de obtenção de lucro (opção belga).⁴¹ O consumidor, na exata compreensão de Eros Roberto Grau, é identificado pela ordem constitucional em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem, produto ou serviço.⁴² Ainda assim, há os que sustentam que a proteção do direito do consumidor não se restringirá necessariamente ao vulnerável, o mais fraco na relação de consumo, senão como preconiza a lei, a toda pessoa física ou jurídica destinatária final, fática, do produto ou serviço.

tido: BITTAR, Eduardo C. B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, interseções, relações. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33, p. 184-5. São Paulo: RT, jan.-mar. 2000.

39. Assim: GÓMEZ MONTORO, AngéJ. La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación. *Revista española de derecho constitucional*, n. 65. Madrid, 2002. p. 49-105.
40. De valor o entendimento de José Reinaldo de Lima Lopes, que identifica dois elementos centrais na definição de consumidor: de que o *objeto do consumo* sejam bens de consumo e não bens de capitais e de que exista *desequilíbrio* entre fornecedor e consumidor, que favoreça o primeiro. Neste sentido, argumenta que o Código de Defesa do Consumidor "não veio para revogar o Código Comercial ou o Código Civil no que diz respeito a relações jurídicas entre partes iguais, do ponto de vista econômico". LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992. p. 78-9.
41. MARQUES. *Contratos...*, p. 143 *et seq.* Nota a autora que a opção jurisprudencial alemã acabou por estender à generalidade das contratações o dever de boa-fé negocial do § 242, do Código Civil. Assim também a impressão de Thierry Bourgoignie, para quem o direito europeu adere à tendência de considerar o conceito de consumidor a partir de um critério subjetivo e negativo, de uso privado e não profissional. BOURGOGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 2, p. 24. São Paulo: RT, 1992.
42. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 260.

O direito do consumidor, como já se afirmou, resta incluído entre os direitos fundamentais da categoria a que Alexy denominou *direitos de proteção*. Estes têm seu fundamento necessário numa situação de desigualdade fática, procurando restabelecer a igualdade através da norma de proteção, o que de resto desenvolveu-se na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, através do recurso à proteção da dignidade da pessoa.⁴³ E este direito de proteção, observe-se, não é concedido de modo livre pelo titular da norma, senão de acordo com o rígido critério de estabelecimento de uma igualdade fática, sob pena de se estar violando o próprio direito à igualdade, o que tornaria condenável eventual discriminação. E, ao retornarmos ao conteúdo dos direitos fundamentais, indissociável destes será o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, e da adequada realização de uma necessidade humana básica – a *necessidade do consumo na sociedade de consumo*.⁴⁴

Daí porque o direito do consumidor, tutelando uma necessidade humana a partir do reequilíbrio de uma relação de desigualdade, não tem por objetivo o estabelecimento de uma proteção que viole o princípio geral de igualdade jurídica, mas ao contrário, tendo em vista a amplitude e vagueza *do que seja* igualdade, a partir de múltiplos critérios, incide sobre as relações de consumo, estabelecendo uma preferência aos interesses dos consumidores. O faz tomando o conceito a partir da definição de liberdade,⁴⁵ de modo a garantir à pessoa humana *a igualdade no exercício das suas liberdades*. No caso dos contratos de consumo, isto resulta da sua *liberdade negocial* que, à ausência de norma de proteção específica, faria com que a liberdade do economicamente mais forte anulasse a liberdade do mais fraco.

A referência legal à pessoa jurídica como consumidora, nesta perspectiva, só se justifica quando, sob a forma de pessoa jurídica estiver presente, de forma imediata, necessidades de consumo.⁴⁶ Nestes casos, embora *juridicamente* se apresentem sob a forma de pessoa jurídica, *faticamente* estão procurando viabilizar a satisfação de necessidades propriamente individuais ou coletivas.

A extensão à pessoa jurídica do conceito de consumidor, assim, deve ser interpretada não de forma indistinta, mas de acordo com a finalidade pretendida pela norma, de proteção do vulnerável. O que – é forçoso identificar –, constitui-se pela promoção de condições e capacidades semelhantes aos sujeitos de uma relação de consumo, sob o risco de assim não sendo, promover o estabelecimento de um privilégio contrário à igualdade e, portanto, inconstitucional.

Assim, o direito do consumidor, enquanto *direito fundamental*, justifica-se no reconhecimento de uma situação de desigualdade, à qual as normas de proteção do consumidor realizam

43. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 421.

44. Neste sentido a lição de Bourgoignie, para quem na sociedade capitalista de consumo, o fenômeno do consumo caracteriza-se por dois atributos: a) a produção de uma espécie de “norma social de consumo”, em que o consumidor perde a supremacia dos seus interesses com base na perda de sua expressão individual; e b) o surgimento de um conjunto socioeconômico reagrupando diversas categorias de consumidores, mas que apresentam todo o caráter comum de uma relação obrigada ao consumo no mercado como meio de existência. BOURGOIGNIE. O conceito jurídico de consumidor, p. 18.

45. Para um exame mais apurado do conceito relacional de igualdade sob a perspectiva da liberdade, veja-se: AÑON ROIG. *Necesidades y derechos*, p. 289.

46. Como é caso relativamente comum, das pessoas naturais que se estruturam sob a forma de pessoas jurídicas apenas em razão de determinados interesses (por exemplo, facilidades tributárias ou de limitação da responsabilidade patrimonial). Não se caracterizam, pois, necessariamente, como uma organização de meios e condições que lhes indiquem igualdade substancial em relação aos seus cocontratantes, na hipótese de uma relação de consumo.

a equalização de condições, na linha de entendimento do que disciplinou o direito europeu, por intermédio do artigo 38 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que refere: "As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores".

2.2 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO PRINCÍPIO DA ORDEM CONSTITUCIONAL ECONÔMICA

A forma de tutela jurídica mais efetiva é, sem dúvida, a concessão de direitos subjetivos. Neste aspecto, em se tratando da defesa do consumidor, observa-se como parte da estratégia legislativa do Código, tanto a inovação de *constituir* novos direitos e indicar-lhes à titularidade do sujeito de direitos consumidor, quanto o de *referir* direitos pré-existentes, em alguma medida universais, à tutela específica do consumidor. O legislador brasileiro, como modo de realização do direito fundamental, optou por constituir novos direitos ou referir os já existentes por meio da criação pela lei, dos chamados *direitos básicos do consumidor*. Estes direitos básicos, estabelecidos no artigo 6.º do Código, devem ser vislumbrados, em princípio, não como um grupo de normas dotadas, originariamente, de coerência e homogeneidade. São, antes, normas que derivam de um sem número de diplomas legais e disciplinas tradicionais da ciência e da dogmática jurídica, e que a partir de um critério de identidade com determinado interesse reconhecido pela ordem jurídica, redundam na formação de um corpo específico de normas de proteção, a partir da constituição de um sistema de defesa que realizasse a determinação constitucional da promulgação de um Código.

E verifica-se caráter de maior relevo da defesa do consumidor também quando se observa esta determinação elevada pela Constituição a princípio fundamental da ordem econômica (artigo 170, V). Situa-se, pois, no texto constitucional, como princípio da ordem econômica que não se observa exclusivamente com conteúdo proibitivo ou limitador da autonomia privada, senão com caráter interventivo e promocional, de efetivação dos preceitos constitucionais que o estabelecem como direito e como princípio. Assume, pois, um caráter *conformador* da ordem econômica.⁴⁷

E esta característica conformadora dos princípios consagrados no artigo 170 da Constituição da República, antes de tudo, determina que não se estabeleçam, *a priori*, distinções de qualidade entre os mesmos. Não há sentido – pois o texto da Constituição não autoriza – na determinação de importância ou hierarquia maior ou menor em relação a quaisquer dos princípios ali estabelecidos: I) soberania nacional; II) propriedade privada; III) função social da propriedade; IV) livre concorrência; V) defesa do consumidor; VI) defesa do meio ambiente; VII) redução das desigualdades regionais e sociais; VIII) busca do pleno emprego; e IX) tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Por outro lado, ao tempo em que tais princípios assumem caráter conformador da ordem econômica, sujeitam-se em maior ou menor grau a situações práticas de colisão. Neste particular, então, embora não se estar tratando de hierarquia ou *status* diferenciados entre princípios, formas de solucionar as eventuais colisões devem ser consideradas pelo ordenamento. É neste aspecto que o recurso à proporcionalidade é a fórmula usual, sendo esta – em vista panorâmica – a que enseja a verificação: a) da compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e o

47. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...*, p. 260.

fim visado (bem com a legitimidade dos fins); b) da necessidade ou exigibilidade da medida; e c) que a ponderação do ônus imposto seja menor do que o benefício alcançado.⁴⁸

A aferição da legitimidade dos fins a que a ordem econômica deve realizar, tem de respeitar, mediatamente, o princípio maior da dignidade da pessoa humana, conformador do próprio conceito de Estado Democrático de Direito consagrado na Constituição.⁴⁹ Neste sentido, ao vincular os princípios conformadores da ordem constitucional econômica à dignidade da pessoa humana, por certo que o conteúdo daquela se vê informado pela realização das necessidades da pessoa, tal qual serão consagradas ou reconhecidas por norma constitucional própria. Neste sentido, se está a afirmar sobre direitos fundamentais próprios à satisfação de necessidades da pessoa, dentre os quais aqueles que não garantam mera subsistência, senão uma forma qualificada de sobrevivência, que entre nós, em linguagem comum, temos denominado de *qualidade de vida*.⁵⁰ Dentre estes, insere-se o conteúdo próprio do direito fundamental de defesa do consumidor, que acabará por determinar em caso de aparente colisão de princípios, opção por qual deles tutelará de modo mais efetivo a realização das necessidades da pessoa humana.

E a forma como se há de reconhecer maior relevo tópico a um princípio ao invés de outro será estabelecida em cada caso, conforme as questões de precedência lógica evidenciadas na hipótese. Desse modo o *exaerje in concreto* da proteção do consumidor pode indicar que este poderá ter preferência em relação a outros princípios como a livre iniciativa⁵¹ – sob o critério do amplo espaço de autonomia negocial – ou liberdade de expressão – quando esta for exercida de modo a atingir o discernimento, ou mesmo a integridade do consumidor. Não pode, entretanto, preferir o próprio direito à vida, à saúde ou à segurança, que são a razão de ser da satisfação da necessidade humana de consumo e conteúdo de direito básico da pessoa enquanto consumidor (artigo 6.º, I, do CDC). Isto embora se deva registrar que qualquer conflito que eventualmente ocorra nesta segunda hipótese constituirá *conflito aparente*, uma vez que não se pode conceber a necessidade humana de consumo, em uma sociedade de consumo, senão vinculada e não contradição aos direitos fundamentais à vida, saúde e segurança.

2.3 A DEFESA DO CONSUMIDOR NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988 E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor brasileiro tem sua origem normativa na Constituição da República. Como observa Eros Roberto Grau, o *direito do consumidor*, expresso como *direito fundamental*, não configura mera expressão de ordem pública, senão que sua promoção deve ser

48. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação...*, p. 219-20. Relativamente à colisão de direitos, veja-se: MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional...*, p. 271 *et seq.*

49. Para José Afonso da Silva, “é claro que a formação capitalista da Constituição de 1988 tem que levar em conta a construção do Estado Democrático de Direito, em que (...) se envolvem direitos fundamentais do homem que não aceitam a permanência de profundas desigualdades, antes pelo contrário, reclamam uma situação em que a dignidade da pessoa humana seja o centro das considerações da vida social”. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 771.

50. Opta por esta expressão: LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vêra Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 154.

51. Assim veja-se: STF, RE 349.686, 2.ª T., j. 14.06.2005, rel. Min. Ellen Gracie, DJ 05.08.2005. No mesmo sentido: AgIn 636.883-AgR, 1.ª T., j. 08.02.2011, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 01.03.2011.

lograda pela implementação de normatividade específica e medidas de caráter interventivo.⁵² Neste sentido, o artigo 5.º, XXXII, ao estabelecer pela locução “*na forma da lei*” um comando específico ao legislador para que realizasse o detalhamento da proteção constitucional, reconheceu a este a possibilidade de construção das normas próprias de proteção, de modo a otimizar a finalidade específica da disposição constitucional. De outra parte, note-se que a extensão do comando da norma constitucional ao legislador não se restringiu apenas à determinação da produção de uma lei, senão que, em face do que dispõe o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi determinado ao legislador que aprovasse um *Código de Defesa do Consumidor*.

O significado de *Código* para a doutrina jurídica guarda em si, desde o seu advento, uma ideia de sistematização a partir de princípios e regras, com a função de organização do ordenamento jurídico.⁵³ No caso do Código de Defesa do Consumidor, tratou-se de uma determinação constitucional, não de uma opção ou conveniência legislativa. Assim, em vista da regra de interpretação pela qual a norma não conhece palavras inúteis, ao determinar a realização de um *Código*, o artigo 48 estabeleceu regra com significado próprio a ser observado.

Trata-se, na verdade, de uma exigência da interpretação, à luz do denominado *princípio da unidade da Constituição*, cuja razão de ser prende-se à constatação de que o texto constitucional constitui um sistema normativo fundado em determinadas ideias-força que lhe configuram um núcleo irreduzível, com um sistema interno unitário, de normas e princípios.⁵⁴ A Constituição, ao determinar no artigo 48 do ADCT, a realização de um Código de Defesa do Consumidor, estava em verdade determinando a realização do conteúdo eficaz da norma constitucional consagrada do direito fundamental (artigo 5.º, XXXII), que tinha seus efeitos integrais condicionados à produção da lei – portanto *norma de eficácia limitada*.⁵⁵

Neste sentido, em que pese ter sido aprovada na forma de lei ordinária, por razões de estratégia legislativa já explicitadas por Ada Pellegrini Grinover e Antonio Hermann Benjamin,⁵⁶ é fato que, em vista do seu significado global, possui nítidas características de um Código. Estrutura as normas de proteção do consumidor no Brasil (e, portanto, realiza o direito fun-

52. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...*, p. 260. Trata-se, neste sentir, de acordo com a classificação dos direitos fundamentais, de um direito à prestação jurídica, na medida em que, para sua efetividade, estará dependente da edição de lei, qual seja, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, a classificação de: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 248-249.

53. A respeito, veja-se o estudo de: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação. Crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 153 et seq.

54. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional...*, p. 1096-7; MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. II, p. 261; BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 188.

55. Segundo a classificação de: SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas...*, p. 73. Para Konrad Hesse, “quando o texto constitucional se expressa com formulações tais como “a lei regulará...”, “a lei possibilitará...”, os poderes públicos manterão...”, (...) o futuro verbal não somente significa um fato futuro senão também – e na sua acepção jurídica mais frequente um mandado (imperatividade) ou uma obrigatoriedade”. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 112.

56. GRINOVER, Ada Pellegrini. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 8. Na explicação dos respeitáveis juristas tratou-se a aprovação do Código, na forma de lei ordinária, em estratégia para superação dos óbices levantados no Congresso Nacional para a tramitação de um projeto de Código.

damental), em um sistema de proteção explicitado no seu artigo 4.º (Sistema Nacional de Defesa do Consumidor), cujas vantagens evidentes são as de garantir a realização deste direito fundamental um caráter de coerência e homogeneidade, fazendo possível, inclusive, sua autonomia.⁵⁷

2.4 O CDC COMO LEI DE ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em seu artigo 1.º, de que se trata de lei de *ordem pública e interesse social*. Esta sua característica tem fundamento na origem da norma, qual seja, o *direito fundamental a uma ação positiva normativa* do Estado.⁵⁸ Configura-se a norma infraconstitucional, pois, na realização da prestação normativa do Estado para proteção do titular do direito, o *sujeito* consumidor.

A sede constitucional do direito do consumidor, como já observado, tem a realização integral dos seus efeitos condicionada à produção da lei (eficácia limitada). De outro modo, pelo simples fato de consagrar direito fundamental, possui uma carga eficaz específica, independente da realização da prestação.⁵⁹ O que se determina com o reconhecimento da fonte constitucional de um determinado direito realizado através de norma infraconstitucional – identificável com clareza nas que se estabelece a partir do chamado fenômeno da *constitucionalização do direito privado* –, antes de tudo, é a elevação do conteúdo ao nível da *norma fundamental e fundamentadora*.⁶⁰ Do que decorre a assunção, pela lei, de um *status* diferenciado em relação às demais normas legais que não possuem este fundamento constitucional imediato.

A nosso ver, nessa acepção é que devem ser vislumbradas as características indicadas pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 1.º. A determinação da lei como de *ordem pública*,⁶¹ revela um *status* diferenciado à norma que, uma ordem pública de proteção em razão da vulnerabilidade reconhecida ao consumidor⁶² que, embora não a torne hierarquicamente superior às demais, lhe outorga um *caráter preferencial*. De outra parte, na medida em que

57. GRINOVER; BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 6. ed., p. 9.

58. ALEXY. *Teoria de los derechos fundamentales*, p. 194.

59. Já reconheceu a doutrina majoritária, como parte do conteúdo eficaz próprio dos direitos fundamentais de prestação, autônomos em relação à produção da lei, os seguintes efeitos: a) a aptidão para revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao seu conteúdo; b) a vinculação permanente do legislador; c) a determinação da inconstitucionalidade, por via de ação, dos atos normativos posteriores a si; d) constituem parâmetro para interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) geram uma espécie de posição jurídico-subjetiva em sentido amplo, e não necessariamente na concepção de um direito individual subjetivo de fruição da prestação; f) determinam a proibição do retrocesso; g) podem gerar efeitos de natureza defensiva. O elenco de efeitos é de: SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais...*, p. 117.

60. A expressão é de: HESSE. *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 102.

61. Para um exame mais aprofundado da caracterização e efeitos da ordem pública, sob a perspectiva do direito internacional, veja-se nosso trabalho: MIRAGEM, Bruno. *Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno*. In: MARQUES, Cláudia Lima e ARAÚJO, Nádia de. *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 307-354.

62. LORENZETTI. *Consumidores*, p. 24-33.

realiza o conteúdo de um direito fundamental, de matriz constitucional, retira da esfera de autonomia privada das partes a possibilidade de derogá-la (norma imperativa).⁶³

Neste aspecto, convém examinar a natureza destes direitos fundamentais no que diz respeito à sua titularidade. De um lado, há a pretensão de conservar seu caráter individualista, numa concepção afeta à doutrina clássica dos direitos subjetivos. De outro a compreensão dos direitos fundamentais que tem por objetivo a determinação de uma igualdade fática ou substancial, não como direitos subjetivos de titularidade individual, senão como pertencentes a categorias ou grupos, abstratamente estabelecidos pela ordem jurídica, a partir da eleição de critérios fáticos que determinem seu significado supraindividual. A consequência prática mais importante desta aceção se observa quando da limitação da autonomia privada na disposição destes direitos e da impossibilidade de renunciar a eles.⁶⁴ No caso dos direitos do consumidor, trata-se da eleição de critério com fonte constitucional – daí o caráter de ordem pública da legislação infraconstitucional e a correspondente limitação da autonomia privada, esfera de liberdade do titular do direito. Isto não exclui as esferas de atuação da autonomia privada que a lei expressamente permite e, em alguma medida promove, como é o caso das convenções coletivas de consumo (artigo 107 do CDC).

A ordem pública indicada ao Código, em primeiro, determina o seu caráter de lei cogente,⁶⁵ o que se pode observar claramente na hipótese da nulidade das cláusulas abusivas determinada pelo artigo 51,⁶⁶ ou ainda antes, quando refere às práticas comerciais abusivas (artigos 39

63. Neste sentido, o expressivo significado do artigo 3.º da Constituição italiana de 1947 que estabelece: “Compete à República remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país”. Do que se observa a superação do critério clássico de igualdade, legitimador do amplo espaço de autonomia. Conforme: PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 91.

64. PRATA. *A tutela constitucional*..., p. 121.

65. No mesmo caminho, o entendimento de Vicente Ráo, sobre o significado das normas de ordem pública, como sendo aquelas que, em determinadas relações de direito privado fazem com que o caráter geral e o interesse social predominem sobre os interesses individuais. São normas que distinguem o fenômeno da chamada *publicização dos direitos*. Ráo, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*, v. 1, p. 220-221. São Paulo: RT, 1997. Já para o professor Jacob Dollinger, em trabalho monográfico sobre o tema, sustenta que não é só o que “a lei proíbe que afeta a ordem pública e não é tudo que a lei proíbe que se enquadra na ordem pública. Este princípio fica acima, além e ao mesmo tempo aquém da classificação das leis em direito público, direito privado, leis imperativas, leis permissivas etc. O princípio da ordem pública é conceitual, filosófico, moral, indefinível, elástico, relativo, alterável, volúvel, sempre na dependência do conceito, da opinião, do sentido, da sensibilidade média do grupo social em determinada época, que vai encontrar expressão clássica na sentença judicial”. DOLLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro, 1979. p. 10.

66. Neste sentido, copiosa jurisprudência do STJ reconhecendo a possibilidade do conhecimento de ofício da nulidade de cláusulas abusivas com fundamento em norma de ordem pública. Assim: REsp 310.093/CE, 6.ª T., j. 04.10.2001, rel. Min. Vicente Leal, DJ 22.10.2001. Note-se, todavia, a exceção – com a qual não concordamos – estabelecida pela mesma Corte, por intermédio da Súmula 381, de 2009, vedando o reconhecimento de ofício das cláusulas abusivas nos contratos bancários. Esta súmula, contudo, em nosso entender, conflita com o texto expresso do artigo 51, *caput*, do CDC. A ordem pública também fundamenta a rejeição da intervenção de terceiros em processo, se em pre-

a 41),⁶⁷ o que manifesta a limitação da autonomia das partes e de sua liberdade de contratar, aos estritos limites determinados em lei.

O caráter de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor, deste modo, e independentemente da expressa referência do artigo 1.º da lei, é manifesto quando se observa seu conteúdo concreto. Trata-se, como afirmamos, da realização do direito fundamental do consumidor. O direito especial que se origina da norma consagrada do direito fundamental, vai apresentar-se com *status* diverso das demais normas, o que em direito brasileiro, se vai utilizar pela designação do critério da *ordem pública*.

O conteúdo do conceito jurídico de ordem pública vai estar vinculado – e neste sentido o preceito do artigo 1.º do CDC – aos princípios superiores que dão forma e substância ao ordenamento. Noutros termos são o *núcleo de interesses essenciais de uma ordem jurídica*, que encerram uma série de elementos políticos, sociais, morais e jurídicos, denotativos de uma compreensão de mundo. No entendimento de Elmo Pilla Ribeiro, ao distinguir o significado de ordem pública interna e ordem pública internacional, aquela terá o domínio de relações ou situações fáticas de natureza privada cujos elementos dizem apenas com a ordem jurídica do aplicador da lei. Neste aspecto, vai estabelecer a limitação da autonomia privada pela determinação de cogência da norma.⁶⁸

No caso, este *núcleo de interesses essenciais* será, relativamente à ordem jurídica de sede constitucional, aquele que se constitua da realização ou projeção dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, e cujo reconhecimento do atributo próprio de ordem pública terá efeitos concretos em âmbitos diversos, sobretudo quando configurado eventual conflito de leis.

É o caso, por exemplo, do conflito entre as normas do CDC e a de tratados internacionais, incorporados no direito brasileiro com hierarquia de lei. O caráter de ordem pública e o fundamento constitucional da proteção do consumidor, como regra, afastam a aplicação da norma de direito internacional quando esta conflitar com o direito interno. É o que ocorre com a disciplina da responsabilidade civil do transportador aéreo, em contratos de transporte internacional, matéria regulada pela Convenção de Varsóvia (Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, assinada em Varsóvia, em 12 de outubro de 1929), que dentre suas disposições estabelece a limitação do valor da indenização por extravio de bagagens, lesão e morte de passageiros. A Convenção de Varsóvia (alterada pela Convenção de Montreal de 2003, vigente no Brasil a partir de 2006), quando em conflito com as disposições do CDC, em especial em relação à limitação

juízo do consumidor, conforme o Ag no AgIn 184.616/RJ, 3.ª T., j. 29.03.2001, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 28.05.2001. E também: “Direito civil. Promessa de compra e venda. Extinção. Iniciativa do promissário comprador. Perda das parcelas pagas. Cláusula abusiva. Código de Defesa do Consumidor. Norma de ordem pública. Artigos 51, IV e 53. Derrogação da liberdade contratual. Redução. Possibilidade. Recurso desacolhido” (STJ, REsp 292.942/MG, 4.ª T., j. 03.04.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.05.2001).

67. FILOMENO, José Geraldo Brito. *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado... cit.*, 6. ed., p. 24.

68. Ribeiro, Elmo Pilla. *O princípio de ordem pública em direito internacional privado*. Porto Alegre, 1966. p. 73-4. Ainda neste sentido, do mesmo autor: *Contribuição ao estudo da norma de direito internacional privado*. Porto Alegre, 1964. p. 18.

dos valores da indenização, teve sua aplicação afastada pelas Cortes brasileiras,⁶⁹ sujeito a recente revisão pelo STF.⁷⁰

69. "Indenização. Dano moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção de Varsóvia. Observação mitigada. Constituição federal. Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5.º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil" (STF, RE 172.720/RJ, 2.ª T., j. 06.02.1996, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 21.02.1997, p. 2.831). E: "Indenização. Dano moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção de Varsóvia. Longe fica de vulnerar o artigo 5.º, II, e § 2.º decisão mediante a qual, a partir do disposto nos incisos 5.º e 10 nele contidos, é reconhecido o direito à indenização por dano moral decorrente de atraso em voo e perda de conexão. Precedente: 2.ª T., RE 172.720-9, DJ 21.02.1997" (STF, AgRg no AgIn 196.379/RJ, 2.ª T., j. 23.03.1998, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 24.04.1998, p. 5). No mesmo sentido é o entendimento pacificado do Superior Tribunal de Justiça, conforme se observa do julgado: "Civil e processual. Ação de indenização. Atraso de voo internacional. Indenização. Ilegitimidade passiva da empresa aérea. 'contrato de compartilhamento'. Revisão. Impossibilidade. Súmulas n. 5 e 7 do STJ. Dano moral. Valor. Convenção de Varsóvia. CDC. Prevalência. Tarificação não mais prevalente. Valor ainda assim excessivo. Redução. I. A questão acerca da transferência da responsabilidade para outra transportadora, que opera trecho da viagem, contrariamente ao entendimento das instâncias ordinárias, enfrenta o óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. II. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, não mais prevalece, para efeito indenizatório, a tarifação prevista tanto na Convenção de Varsóvia, quanto no Código Brasileiro de Aeronáutica, segundo o entendimento pacificado no âmbito da 2.ª Seção do STJ. Precedentes do STJ. III. Não obstante a infraestrutura dos modernos aeroportos ou a disponibilização de hotéis e transporte adequados, tal não se revela suficiente para elidir o dano moral quando o atraso no voo se configura excessivo, a gerar pesado desconforto e aflição ao passageiro, extrapolando a situação de mera vicissitude, plenamente suportável. IV. Não oferecido o suporte necessário para atenuar tais situações, como na hipótese dos autos, impõe-se sanção pecuniária maior do que o parâmetro adotado em casos análogos, sem, contudo, chegar-se a excesso que venha a produzir enriquecimento sem causa. V. Recurso especial parcialmente conhecido e provido em parte, para reduzir a indenização a patamar razoável (STJ, REsp 740.968/RS, 4.ª T. j. 11.09.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 12.11.2007, p. 221).
70. O entendimento dominante do STF encaminhou-se durante muitos anos, pela aplicação do CDC ao contrato de transporte aéreo internacional de passageiros. Destacava-se apenas uma exceção, de decisão divergente da Ministra Ellen Gracie, de 2006: "Prazo prescricional. Convenção de Varsóvia e Código de Defesa do Consumidor. I. O artigo 5.º, § 2.º, da CF se refere a tratados internacionais relativos a direitos e garantias fundamentais, matéria não objeto da Convenção de Varsóvia, que trata da limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional (RE 214.349, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.06.1999). 2. Embora válida a norma do Código de Defesa do Consumidor quanto aos consumidores em geral, no caso específico de contrato de transporte internacional aéreo, com base no artigo 178 da Constituição Federal de 1988, prevalece a Convenção de Varsóvia, que determina prazo prescricional de dois anos. 3. Recurso provido" (STF, RE 297.901/RN, 2.ª T., j. 07.03.2006, rel. Min. Ellen Gracie; DJU 31.03.2006, p. 38). Mais recentemente, contudo, foi reconhecida como de repercussão geral a partir da decisão do AI 762184/RJ, que foi substituído, como paradigma para exame da questão, pelo Recurso Extraordinário 636.331/RJ, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, para novamente discutir-se a prevalência das disposições da Convenção de Varsóvia sobre o CDC. O STF já iniciou o julgamento do recurso em maio de 2014, tendo votado pela alteração do entendimento consolidado no direito brasileiro, decidindo prevalecer a Convenção de Varsóvia e seus limites indenizatórios, ao disposto no Código de Defesa do Consumidor, tanto o Ministro Relator, Gilmar Mendes, quanto os Ministros Luis Roberto Barroso e Teori Zavascki, tendo pedido vista na sessão a Ministra Rosa Weber. A questão, ainda não decidida em definitivo pela

2.5 COMPETÊNCIAS LEGISLATIVAS E EXECUTIVAS DOS ENTES FEDERADOS DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na realização do direito fundamental de defesa do consumidor, a própria Constituição estabeleceu competências com a finalidade de conferir às diversas esferas de atuação do Estado, poderes para realização desta verdadeira norma-objetivo constitucional. No caso, a própria Constituição ao estabelecer as competências legislativas da União, refere no artigo 22, I, que lhe compete privativamente “legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”, assim como o inciso XXIX inclui nesta mesma competência legislar sobre “propaganda comercial”.

Por outro lado, o artigo 24, que estabelece as competências legislativas concorrentes de União, Estados e Distrito Federal, inclui em seu rol, a “produção e consumo” (inciso V), assim como a responsabilidade por danos ao consumidor (inciso VIII). Vale lembrar, neste caso, que nas hipóteses de competência concorrente, a própria Constituição vai estabelecer no caso, que a União limita-se à edição de normas gerais (artigo 24, § 1.º), ao mesmo tempo em que sua competência para legislar sobre normas gerais “não exclui a competência suplementar dos Estados” (artigo 24, § 2.º). Da mesma forma, quando inexistirem normas gerais da União, o Estado é autorizado a exercer competência plena, para atender suas peculiaridades (artigo 24, § 3.º). Igualmente, observe-se que a competência legislativa municipal, restringe-se, segundo a Constituição, ao poder de “legislar sobre assuntos de interesse local” (artigo 30, I).

O desafio em matéria de legislação sobre direito do consumidor parece estar na identificação, dentre as diversas competências relacionadas na Constituição, sobre quais se situa o âmbito material de sua regulamentação.

Até pela clareza do texto constitucional, é intuitivo que em matéria de responsabilidade civil das relações de consumo, incide a norma do artigo 24, VIII, da Constituição, logo, estabelecendo-se a competência legislativa concorrente da União e dos Estados. Por outro lado a expressão “produção e consumo”, também referida no rol das competências legislativas concorrentes, em termos semânticos, permite referir tanto aos aspectos técnico-econômicos, sanitários, e demais características que envolvem as atividades de produção e consumo, quanto às relações jurídicas que as caracterizam, como a hipótese das relações de empresários-produtores entre si, e em suas relações com os consumidores.

Esta conclusão, contudo, para prevalecer, deve ainda superar outra competência fixada pela Constituição. Trata-se da competência privativa da União, referida no artigo 22, I, da Constituição da República. Quem eventualmente se oponha à possibilidade de competência legislativa concorrente dos entes federados em matéria de direito do consumidor, poderá argumentar que dentre os institutos a serem considerados na produção normativa em direito do consumidor encontram-se os contratos, cuja vinculação lógico-jurídica é mais apropriada, em direito privado, com o *direito civil*. Este, todavia, é matéria cuja regulação insere-se no rol de competências privativas da União. Avançando um pouco mais nesta mesma linha de argumen-

Corte, definirá, a partir de seu resultado, a aplicação do regime especial previsto na Convenção de Varsóvia, inclusive com limitação de indenização aos valores nela fixados, ou o respeito ao direito básico do consumidor à efetiva reparação do dano (art. 6.º, VI, do CDC), em benefício ademais da efetividade do art. 5.º, XXXII, da Constituição, que impõe ao Estado promover a defesa do consumidor na forma da lei.

tação, poder-se-ia sustentar, de acordo com os mesmos pressupostos, que as normas de proteção do consumidor, uma vez que dizem respeito a um modo de intervenção do Estado-legislador na autonomia privada dos particulares (em especial, dos fornecedores), tem por consequência necessária a afetação do seu patrimônio, o que leva a concluir que legislar sobre a matéria implica intervenção estatal no direito de propriedade, matéria típica de direito civil – de competência legislativa privativa da União. Esta, aliás, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal em caso no qual se discutia a possibilidade de regulamentação por lei do Distrito Federal, da remuneração dos valores cobrados por estacionamento de escolas privadas, na qual decidiu a Corte: “(...) Não compete ao Distrito Federal, mas, sim, à União legislar sobre direito civil, como, por exemplo, cobrança de preço de estacionamento de veículos em áreas pertencentes a instituições particulares de ensino fundamental, médio e superior, matéria que envolve, também, direito decorrente de propriedade. 4. Ação direta julgada procedente, com a declaração de inconstitucionalidade da expressão ou particulares, contida no artigo 1.º da Lei 2.702, de 04.4.2001, do Distrito Federal” (ADI n. 2.448, rel. Min. Sydney Sanches, DJ 13.06.2003). Mencione-se ainda a imposição, por legislação estadual, da obrigatoriedade de contratação específica de seguro de danos como condição para permitir determinados espetáculos ou eventos,⁷¹ ou lei estadual que vise dispor diferentemente sobre serviços de telecomunicação prestados ao consumidor⁷², hipóteses que tiveram sua inconstitucionalidade declarada pelo STF.

A estas questões agrega-se, por fim, a dificuldade de precisão do conceito que delimita o conteúdo material da competência legislativa municipal no direito brasileiro: os assuntos de *interesse local*. A rigor, implica em discutir o que se deverá considerar como matéria de interesse local e, sob este prisma, se é admissível a partir da repartição de competências da Cons-

71. “Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 11.265/2002 do Estado de São Paulo. Seguro obrigatório. Eventos artísticos, desportivos, culturais e recreativos com renda resultante de cobrança de ingressos. Inconstitucionalidade formal. Competência privativa da União. 1. Lei estadual n.º 11.265/02, que instituiu a obrigatoriedade de cobertura de seguro de acidentes pessoais coletivos em eventos artísticos, desportivos, culturais e recreativos com renda resultante de cobrança de ingressos. Competência privativa da União para legislar sobre Direito Civil, Direito Comercial e política de seguros (CF/1988, art. 22, I e VII). 2. Não se trata de legislação concernente à proteção dos consumidores (CF/1988, art. 24, inciso VII, §§ 1.º e 2.º), de competência legislativa concorrente dos estados-membros, pois a lei impugnada não se limita a regular as relações entre os consumidores e os prestadores de serviço, nem a dispor sobre responsabilidade por dano ao consumidor. Na verdade, cria hipótese de condicionamento da realização de alguns espetáculos ou eventos à existência de contrato de seguro obrigatório de acidentes pessoais coletivos. 3. Não obstante a boa intenção do legislador paulista de proteger o espectador, a lei do Estado de São Paulo criou nova modalidade de seguro obrigatório, além daquelas previstas no art. 20 do Decreto-Lei federal 73/66 e em outros diplomas federais, invadindo a competência privativa da União para legislar sobre direito civil, direito comercial e política de seguros (CF/1988, art. 22, I e VII). 4. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (STF, ADI 3402, rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 07.10.2015, p. 11.12.2015).

72. “Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Direito do Consumidor. 3. Telefonia. 4. Assinatura básica mensal. 5. Lei n. 11.908, de 25 de setembro de 2001, do estado de Santa Catarina. 6. Inconstitucionalidade formal. 7. afronta aos arts. 21, XI, e 22, IV, da Constituição Federal. 8. É inconstitucional norma local que fixa as condições de cobrança do valor de assinatura básica, pois compete à União legislar sobre telecomunicações, bem como explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão seus serviços. 9. Ação direta julgada procedente” (STF, ADI 2615, Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 11.03.2015, p. 18.05.2015).

tuição, que a proteção dos consumidores de um determinado município possa ser considerada, em si mesmo, um critério que autorize edição de legislação municipal sobre o direito do consumidor.

Durante a vigência da Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem sido provocado a se manifestar inúmeras vezes sobre a questão. No que se refere à competência do município para legislar sobre assunto de interesse local, mesmo quando este envolva a defesa do consumidor, decidiu o STF:

*“Estabelecimentos bancários. Competência do município para, mediante lei, obrigar as instituições financeiras a instalar, em suas agências, dispositivos de segurança. Inocorrência de usurpação da competência legislativa federal. Alegação tardia de violação ao artigo 144, § 8.º, da Constituição – matéria que, por ser estranha à presente causa, não foi examinada na decisão objeto do Recurso Extraordinário. Inaplicabilidade do princípio *jura novit curia*. Recurso improvido. O Município pode editar legislação própria, com fundamento na autonomia constitucional que lhe é inerente (CF, artigo 30, I), com o objetivo de determinar, às instituições financeiras, que instalem, em suas agências, em favor dos usuários dos serviços bancários (clientes ou não), equipamentos destinados a proporcionar-lhes segurança (tais como portas eletrônicas e câmaras filmadoras) ou a propiciar-lhes conforto, mediante oferecimento de instalações sanitárias, ou fornecimento de cadeiras de espera, ou, ainda, colocação de bebedouros. Precedentes” (AI-AgR 347717/RS, rel. Min. Celso de Mello, DJU 05.08.2005).*

No mesmo sentido, decisão do Ministro Eros Roberto Grau, que observa a linha de entendimento de diversos precedentes⁷³ do STF:

“Recurso extraordinário. Constitucional. Consumidor. Instituição bancária. Atendimento ao público. Fila. Tempo de espera. Lei municipal. Norma de interesse local. Legitimidade. Lei municipal 4.188/01. Banco. Atendimento ao público e tempo máximo de espera na fila. Matéria que não se confunde com a atinente às atividades-fim das instituições bancárias. Matéria de interesse local e de proteção ao consumidor. Competência legislativa do Município. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RE 432.789, rel. Min. Eros Grau, DJU 07.10.2005).

Note-se, por outro lado, que o princípio de proteção do consumidor, em situação na qual o exercício da competência municipal, *in concreto*, violava este e outros princípios informadores da ordem constitucional econômica, foi aplicado como fundamento para decretar a inconstitucionalidade da norma municipal:

“Autonomia municipal. Disciplina legal de assunto de interesse local. Lei municipal de Joinville, que proíbe a instalação de nova farmácia a menos de 500 metros de estabelecimento da mesma natureza. Extremo a que não pode levar a competência municipal para o zoneamento da cidade, por redundar em reserva de mercado, ainda que relativa, e, conseqüentemente, em

73. *“Agravamento regimental em recurso extraordinário. (...) 2. Recurso que não demonstra o desacerto da decisão agravada, proferida em consonância com entendimento desta Corte. 3. Agências bancárias. Instalação de bebedouros e sanitários. Competência legislativa municipal. Interesse local. Precedentes. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento” (STF, AgRg em RE 418.492/SP, 2.ª T., j. 13.12.2005, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 03.03.2006). No mesmo sentido: “Agravamento regimental no recurso extraordinário. Agências bancárias. Tempo de atendimento ao público. Competência. Município. Artigo 30, I, CB/88. 1. Ao legislar sobre o tempo de atendimento ao público nas agências bancárias estabelecidas em seu território, o município exerceu competência a ele atribuída pelo artigo 30, I, da CB/88. 2. Matéria de interesse local. Agravamento regimental improvido” (STF, AgRg em RE 433.515/RS, 1.ª T., rel. Min. Eros Grau, DJU 07.10.2005).*

afronta aos princípios da livre concorrência, da defesa do consumidor e da liberdade do exercício das atividades econômicas, que informam o modelo de ordem econômica consagrado pela Carta da República (artigo 170 e parágrafo, da CF)” (RE 203.909, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 06.02.1998).

Em outras situações, contudo, quando do exame de lei estadual versando sobre a data de vencimento de mensalidades escolares, entendeu o STF, por maioria, qualificar a matéria como hipótese de legislação sobre contratos, matéria típica de direito civil,⁷⁴ razão pela qual, julgou procedente Ação Direta de Inconstitucionalidade contra lei estadual que dispunha sobre a matéria:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 10.989/93 do Estado de Pernambuco. Educação: serviço público não privativo. Mensalidades escolares. Fixação da data de vencimento. Matéria de direito contratual. Vício de iniciativa. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Nos termos do artigo 22, I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente” (ADI n. 1.007, rel. Min. Eros Grau, DJU 24.02.2006).

Frise-se neste caso, o entendimento divergente do Ministro Carlos Ayres Britto sobre o tema, ao sustentar que tratava-se a hipótese de matéria pertinente à defesa do consumidor, indicada, portanto, à competência legislativa concorrente, a teor do artigo 24, V, da Constituição da República.⁷⁵

Nosso entendimento é de que tal como se estabelece a repartição de competências em acordo com as normas constitucionais em vigor, a defesa do consumidor constitui matéria de competência legislativa concorrente dos entes federados (União, Estados e Distrito Federal), a teor do que estabelece o artigo 24, V e VIII da Constituição da República. Tal conclusão não exclui a possibilidade do Município exercer sua competência legislativa própria, nas hipóteses em que reconhecer a defesa do consumidor como matéria de interesse local, demonstrada a pertinência da medida e a efetiva realização de seus interesses. Neste sentido é que parece ter se consolidado o entendimento do STF, sobretudo a partir dos casos envolvendo o controle de constitucionalidade das leis estabelecendo deveres específicos a determinados fornecedores de serviços (e.g. limitação do tempo de fila em bancos).

O próprio Supremo Tribunal Federal, em muitos julgados, parece ter adotado este mesmo entendimento, conforme se vislumbra da decisão da Corte na Medida Cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objeto lei do Estado do Paraná que estabelecia deveres específicos de informação aos postos de combustíveis, com respeito à natureza, procedência e qualidade dos produtos comercializados. Segundo sustentou o Ministro Sidney Sanches na oportunidade, agrega-se à competência legislativa concorrente prevista na Constituição da República, a regra estabelecida no artigo 55 do CDC, a qual estabelece a competência legislativa suplementar dos entes federados em matéria de defesa do consumidor. Assim decidiu o STF:

“Direito constitucional e administrativo. Ação direta de inconstitucionalidade da Lei 12.420, de 13.01.1999, do Estado do Paraná, que assegura ao consumidor o direito de obter informações

74. ADI 4701, rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 13.08.2014, p. 25.08.2014.

75. Neste sentido veja-se o inteiro teor do julgado, no sítio do Supremo Tribunal Federal: www.stf.gov.br. Acesso em: 29.03.2016.

sobre natureza, procedência e qualidade dos produtos combustíveis, comercializados nos postos revendedores situados naquela unidade da federação. Alegação de ofensa aos artigos 22, I, IV e XII, 177, §§ 1.º e 2.º, I e III, 238 e 170, IV, da Constituição Federal. Medida cautelar. 1. A plausibilidade jurídica da ação direta de inconstitucionalidade ficou consideravelmente abalada, sobretudo diante das informações do Exmo. Sr. Governador do Estado do Paraná. 2. Com efeito, a Constituição Federal, no artigo 24, V e VIII, atribui competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar sobre produção e consumo e responsabilidade por dano ao consumidor. O § 1.º desse artigo esclarece que, no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais. E o § 2.º que a competência da União para as normas gerais não exclui a complementar dos Estados. 3. No caso, a um primeiro exame, o Estado do Paraná, na Lei impugnada, parece haver exercido essa competência suplementar, sem invadir a esfera de competência da União, para normas gerais. Aliás, o próprio Código do Consumidor, instituído pela Lei 8.078/90, no artigo 55, a estabeleceu. 4. E, como ficou dito, o diploma acioado de inconstitucional não aparenta haver exorbitado dos limites da competência legislativa estadual (suplementar), nem ter invadido a esfera de competência concorrente da União, seja a que ficou expressa no Código do Consumidor, seja na legislação correlata, inclusive aquela concernente à proteção do consumidor no específico comércio de combustíveis. 5. É claro que um exame mais aprofundado, por ocasião do julgamento de mérito da Ação, poderá detectar alguns excessos da Lei em questão, em face dos limites constitucionais que se lhe impõem, mas, por ora, não são eles vislumbrados, neste âmbito de cognição sumária, superficial, para efeito de concessão de medida cautelar. 6. Ausente o requisito da plausibilidade jurídica, nem é preciso verificar se o do *periculum in mora* está preenchido. Ademais, se tivesse de ser examinado, é bem provável que houvesse de militar no sentido da preservação temporária da eficácia das normas em foco. 7. Medida Cautelar indeferida. Plenário: votação unânime” (ADIn 1.980-MC, rel. Min. Sydney Sanches, DJU 25.02.2000).

Por outro lado, o próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 55, estabelece que “a União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços”. Esta competência reitera os termos do mencionado artigo 24 da Constituição da República e como já examinamos em estudo anterior,⁷⁶ diz respeito a normas gerais de consumo, sendo autênticas normas de competência, endereçadas a todos os entes federados,⁷⁷ para exercício em conformidade com as competências constitucionalmente estabelecidas.

76. Assim no nosso MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, *Comentários...*, p. 837.

77. DENARI, Zelmo et alli. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 564.

A SITUAÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

3

SUMÁRIO: 3.1 O direito do consumidor e as outras disciplinas jurídicas: 3.1.1 O direito do consumidor e sua relação com o direito civil; 3.1.2 O direito do consumidor e sua relação com o direito processual; 3.1.3 O direito do consumidor e o direito penal; 3.1.4 O direito do consumidor e o direito administrativo; 3.1.5 O direito do consumidor e o direito empresarial; 3.1.6 O direito do consumidor e o direito da concorrência; 3.1.7 Autonomia do direito do consumidor e patentes de invenção; 3.2 Direito do consumidor e proteção de marcas; 3.2.1 Direito do consumidor e proteção de marcas; 3.2.2 Direito do consumidor e os direitos de autor; 3.2.3 Direito do consumidor e livre concorrência; 3.2.4 Direito do consumidor e defesa do meio ambiente – 3.3 O Direito do consumidor e a disciplina jurídica da internet: 3.3.1 Princípios da disciplina da internet no Brasil e os direitos do consumidor; 3.3.2 Direitos básicos do consumidor no acesso à internet; 3.3.3 Proteção do usuário de internet e intervenção na autonomia contratual das partes; 3.3.4 Formação de bancos de dados com informações de usuários da internet – 3.4 Anteprojetos de atualização do CDC

3.1 O DIREITO DO CONSUMIDOR E AS OUTRAS DISCIPLINAS JURÍDICAS

O direito do consumidor, como microsistema jurídico, adquire o caráter de transversalidade, impresso na sua relação com as diversas outras disciplinas jurídicas em vista da complementação de suas normas e, no sentido inverso, na especialização das normas dos ramos tradicionais da ciência jurídica, em vista do princípio básico de proteção do consumidor vulnerável. Assim, a técnica legislativa do CDC remete a normas de naturezas distintas – civil, penal, administrativa, processual – razão pela qual a relação do direito do consumidor com estas e outras disciplinas jurídicas é estabelecida para dar sentido e aplicação a tais normas, de modo coerente com o sentido do Código e os preceitos que orientam as disciplinas a que se referem originariamente.

3.1.1 O direito do consumidor e sua relação com o direito civil

Um exame desatento das relações de consumo e da proteção jurídica do consumidor pode resultar na falsa conclusão de que o Estado, ao promover a defesa do consumidor, orienta-se por uma finalidade exclusivamente econômica ou, no sentido inverso, a fim de promover uma intervenção de cunho social, com a prevenção ou compensação das perdas de uma grande parcela da sociedade. Orientar-se por uma justificação meramente econômica ou, de outro lado,

identificar na defesa dos consumidores a promoção de uma política social do Estado, são considerações parciais do fenômeno e, por isso mesmo, incorretas.

É evidente que o caráter econômico das relações de consumo e o caráter social da proteção dos mais fracos numa relação da vida (*weaker parties*), são finalidades compreendidas na defesa do consumidor. Entretanto, reduzir o fenômeno a visões parciais como estas é restringir o sentido e o alcance dos direitos do consumidor, em especial no modo como o direito brasileiro os consagra, a partir da sua sede constitucional (artigos 5.º, XXXII e 170, V).

É cediço entre nós que, ao consagrar a defesa do consumidor em disposição específica no artigo 5.º da Constituição da República, o direito brasileiro a relacionou como espécie própria de direito fundamental, a exigir uma prestação positiva do Estado,¹ o reconhecendo como titular de direitos fundamentais.²

A edição recente de um novo Código Civil, e sua vigência desde o princípio de 2003, suscitou dúvidas sobre a possibilidade de que a nova lei viesse a revogar o direito anterior no que este lhe fosse diverso, em face da clássica regra de solução de antinomias *lex posterior derogat priori* (lei posterior revoga a anterior).

A questão é enfrentada pela doutrina consumerista. Em trabalhos recentes, como o de Adalberto Pasqualotto,³ encontra-se o entendimento sobre a perfeita adequação da coexistência de ambas as leis, vislumbrando a possibilidade de aprimoramento da aplicação do CDC, a partir da teoria finalista de consumidor.⁴ Segundo o renomado professor gaúcho, uma das possíveis consequências das normas constantes no novo Código Civil, que é o destaque da interpretação finalista do consumidor, terá por consequência a distinção das relações entre consumidor e fornecedor, e entre empresários, as quais se encontram, a princípio, sob o abrigo das disposições constantes do Livro do Direito da Empresa, e das definições que este refere sobre os conceitos de *empresário* e *sociedade empresária*.⁵

No mesmo sentido vai posicionar-se Claudia Lima Marques que, em estudo original, reconhece na coexistência entre o Código Civil atual e o CDC, espécie de solução sistemática pós-moderna, da *convivência de paradigmas*.⁶ Identifica, assim, a existência de um *diálogo de*

-
1. Assim já observamos: MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. O direito do consumidor como direito fundamental: consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito Consumidor*, n. 43, p. 111-132. São Paulo: RT, jul.-set. 2002.
 2. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 304 et seq.
 3. PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, p. 96-110. São Paulo: RT, jul.-set. 2002. Defende o autor que "a preservação do CDC como lei dos consumidores situa-se na raiz da corrente finalista, que deplora a aplicação indiscriminada, como uma forma de regresso à igualdade formal, subvertendo o princípio de que a justiça deve tratar desigualmente os desiguais. O novo Código Civil traz elemento importante na definição que gerou a polêmica (...) ao promover a unificação entre as obrigações civis e comerciais (...)" Conclui então que "parece assim selada a sorte sobre o campo de aplicação do CDC, devendo prevalecer o postulado básico da corrente finalista, que sempre defendeu a preservação do CDC como lei especial", p. 107. Indica assim, a retirada do âmbito de aplicação do CDC, às relações em que o empresário (definido pelo artigo 966 do CC), atuar na realização de sua atividade típica.
 4. Para distinção das correntes de interpretação, veja-se, adiante, o item 5.2.3, desta Parte I.
 5. PASQUALOTTO. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil, p. 107.
 6. MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo das fontes" no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 45,

subsidiariedade e complementaridade entre as leis. Trata-se, segundo a autora, de oportunidade para a coordenação entre o caráter especial, teleológico (proteção do vulnerável) e hierárquico (fundamento constitucional) do CDC, e o caráter subsidiário do Código Civil. Isto é demonstrado, por exemplo, por intermédio do reconhecimento, nas disposições da lei de proteção do consumidor, da *função social dos contratos* (prevista pelo artigo 421 do CC) em relação aos contratos de consumo.⁷

Uma segunda possibilidade, então, surge do fato da nova codificação civil constituir espécie de base conceitual do CDC, na qualidade de norma central do sistema de direito privado, cujas definições determinam o significado da terminologia adotada em outras normas ou microsistemas, como é o caso do direito do consumidor. A relação que passa a existir é de *complementaridade conceitual*, em que o Código Civil assume o caráter de base conceitual geral. Neste sentido, o CDC continua – como lei especial – a ser aplicado de forma prioritária às relações de consumo. Uma definição legal de conteúdo genérico presente no Código Civil, contudo, poderá ser utilizada como base conceitual do sistema do CDC, quando este não contar com uma definição própria. É o que a professora gaúcha denominará *diálogo sistemático de coerência*.⁸

Em sentido idêntico, a vigência do Código Civil atual permite a redefinição do campo de aplicação do CDC (norma de proteção do vulnerável), com exclusão das relações jurídicas interempresariais, oportunidade que Claudia Lima Marques denomina de *diálogo das influências recíprocas sistemáticas*.⁹

A proteção conferida pelo CDC ao consumidor contempla a indicação deste *novo sujeito de direitos* como titular de diversos direitos subjetivos específicos. O artigo 6.º do Código vai estabelecer uma série do que denomina serem os *direitos básicos do consumidor*. Seu inciso I estabelece como tais: “A proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. O inciso IV determina o direito à “proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas (...)”. Já o inciso VI vai referir como direito subjetivo a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. A efetiva proteção dos direitos básicos estabelecidos no artigo 6.º, de sua vez, vai ter seu *modus operandi* especializado pelas disposições que o seguem no próprio CDC.

O artigo 7.º do CDC, entretanto, vai indicar aos direitos básicos relacionados no artigo antecedente, um caráter meramente exemplificativo (*numerus apertus*), permitindo que se identifiquem, além dos direitos subjetivos ali expressamente consagrados, outros tantos previstos nas mais diversas normas.¹⁰

p. 70-99. São Paulo: RT, jan.-mar. 2003. MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM. *Comentários...*, p. 30 et seq. Igualmente, o nosso: MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012. p. 67 et seq.

7. Idem, p. 86-91.

8. Idem, p. 94-95.

9. Idem, p. 77.

10. “Artigo 7.º Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais de direito, analogia, costumes e equidade”.

Como já referimos, propôs Claudia Lima Marques, por ocasião da vigência do Código Civil de 2002 e sua influência no direito do consumidor, que a relação entre as duas leis orienta-se por uma *técnica de coordenação* das diferentes fontes jurídicas,¹¹ por intermédio do *diálogo das fontes*. Neste sentido expõe: “Diálogo, porque há influências recíprocas (...) porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis-modelos), ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes)”.¹²

São três os tipos de diálogos sustentados pela professora gaúcha. O diálogo sistemático de *coerência*, o diálogo de *complementaridade e subsidiariedade* e o diálogo de *coordenação e adaptação sistemática*. No primeiro caso, o *diálogo de coerência* apresenta-se pelo fato de uma lei poder servir de base conceitual para outra.¹³ No caso, o Código Civil, como centro do sistema de direito privado, forma os conceitos básicos para interpretação e aplicação do direito do consumidor. O que seja responsabilidade civil, prescrição e contrato, define o Código Civil; já a aplicação específica destes institutos, em face da existência de uma relação de consumo, estabelece o CDC.

O *diálogo de complementaridade e subsidiariedade* consiste na adoção de princípios e normas, em caráter complementar, por um dos sistemas, quando se fizer necessário para solução de um caso concreto.¹⁴ Neste sentido, não há necessariamente o afastamento de uma lei, ou sua superação por outra, mais nova ou especial, senão que estas normas se complementam na aplicação, em vista do caso que se está a decidir. Será o caso, por exemplo, do reconhecimento e aplicação da função social do contrato, prevista no artigo 421 do CC, também no tocante às relações de consumo reguladas pelo CDC.

Por fim, o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*¹⁵ apresenta-se sobre dois aspectos principais. De um lado, a possibilidade de transposição da reflexão doutrinária e jurisprudencial da *praxis* do direito do consumidor, durante o período de vigência do CDC, para a interpretação e aplicação do Código Civil, o que muito bem pode ocorrer em matéria de obrigações e contratos, por exemplo (é o caso do resultado da aplicação da boa-fé objetiva, prevista no CDC, a interpretação e aplicação da cláusula geral de boa-fé prevista no Código Civil de 2002). Da mesma forma, pode o atual Código Civil influenciar em uma redefinição do âmbito de aplicação do CDC, porquanto se tenha uma legislação renovada para as relações jurídicas entre iguais, com princípios e normas atualizadas em relação ao tempo e aos desafios contemporâneos, uma certa vocação expansionista na aplicação do CDC seja reduzida,¹⁶ e seu âmbito de aplicação seja direcionado à aplicação para proteção do destinatário final fático e econômico do produto ou serviço, vulnerável na relação de consumo.

11. MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM. *Comentários...*, p. 28.

12. *Idem*, p. 28-29.

13. *Idem*, p. 30.

14. *Idem*, p. 30-31.

15. *Idem*, p. 31.

16. Veja-se o item sobre as correntes de interpretação do conceito de consumidor (finalistas versus maximalistas) e, conseqüentemente, de definição do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor no direito brasileiro.

3.1.2 O direito do consumidor e sua relação com o direito processual

As relações do direito do consumidor com o direito processual devem ser compreendidas, antes de tudo, a partir de uma nova concepção das relações entre o Estado (e nesta hipótese, o Estado-juiz), e o cidadão. Como assinala Luiz Guilherme Marinoni, “na atualidade, o Estado tem um verdadeiro dever de proteger os direitos”.¹⁷ Neste sentido, as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo da relação entre suas normas de direito material e as do Código Civil, também vão dar causa a um grande impacto na compreensão tradicional do processo civil. E isto por duas razões principais. Em primeiro lugar, as normas processuais do direito do consumidor confiam ao juiz um papel ativo na condução da relação processual,¹⁸ seja no exame das circunstâncias de um dos litigantes – o consumidor – e a realização do seu direito de acesso à justiça e na facilitação da defesa dos direitos de que é titular (com a oportunidade da inversão do ônus da prova), ou mesmo no aumento dos poderes instrutórios do magistrado, de direção da relação processual.

Por outro lado, a tutela processual do consumidor prevista no CDC afasta-se de uma perspectiva meramente individualista do processo, a partir da definição de novas categorias de direitos ou interesses a serem tutelados processualmente. Neste sentido, não é demais lembrar que as definições legais do CDC, acerca do que sejam *interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos*, possuem um caráter instrumental, de modo a permitir a tutela coletiva destes direitos e sua consideração metaindividual, em vista da proteção da parte ou mesmo de toda a coletividade.

O traço comum entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, do que se depreende do artigo 81, parágrafo único, do CDC, é justamente o seu caráter instrumental. Trata-se do que Ricardo Lorenzetti bem denomina como o *direito dos grupos*, tutelando interesses comuns, e dando origem a um *direito privado coletivo*, ocupado da identificação de interesses de grupos de pessoas ligadas por elemento comum (e.g. origem do interesse, relação jurídica básica), e pela ampliação da legitimação para agir em defesa destes interesses.¹⁹

A relação jurídica processual decorrente do processo civil clássico estruturou-se sob a premissa da desconfiança do juiz, a quem seria atribuído exclusivamente o dever de aplicação instantânea da lei – o juiz como “a boca que pronuncia as palavras da lei”²⁰ – e da consideração a interesses individuais presentes no litígio. Esta visão tradicional do processo transforma-se, a partir do papel decisivo do CDC, resultando em normas que passam a expressar uma maior confiança no juiz, conferindo-lhe novos poderes. Não por acaso, muitas das normas originárias do CDC seriam, depois, incorporadas nas reformas do Código de Processo Civil, realizadas a partir de 1994. Outra grande influência das normas de direito do consumidor sobre o processo civil será a organização e ampliação da tutela coletiva de direitos. O processo civil brasileiro, a partir das normas do CDC, passa a admitir e promover, frente às dimensões coletivas dos conflitos contemporâneos (muitos dos quais com uma mesma causa, mas com um número imenso de

17. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 84.

18. Este fenômeno do reforço dos poderes do juiz, em vista da finalidade de efetivação dos direitos dos consumidores também é percebida no direito francês, como refere: SOUPHANOR, Nathalie. *Influence du droit de la consommation*, p. 280 et seq.

19. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos do direito privado*, p. 192 et seq.

20. A conhecida expressão é de MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo, 1979.

titulares de pretensão), o alargamento da tutela jurisdicional substituindo a figura tradicional do litisconsórcio multitudinário mediante a ampliação da legitimação para interposição de uma só ação cuja decisão se projeta sobre todos os titulares de interesses veiculados na demanda.

No direito do consumidor, a importância da tutela coletiva de direitos, desenvolvida e aprofundada pelo CDC, em movimento subsequente à Lei da Ação Civil Pública (de 1985), sustenta-se basicamente em dois argumentos. O primeiro, de conveniência da concentração de um número imenso de pretensões em um mesmo processo. Por outro lado, tal possibilidade revela-se como condição de efetividade da proteção dos direitos dos consumidores. Como observa Marinoni, “instituir a possibilidade de tutela de direitos individuais de origem comum, por meio de uma única ação deferida por ente idôneo e capaz, é fundamental para que o ordenamento jurídico (...) não se transforme em letra morta”.²¹

Alado desta ampliação da legitimidade para tutela do direito dos consumidores, o CDC também se ocupou da previsão de instrumentos específicos visando à efetividade da proteção outorgada pela norma. Este é o caso da ação judicial prevista no artigo 84 do CDC, prevendo a possibilidade do consumidor exigir o cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer (“Artigo 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”), e autorizando o juiz, tanto à concessão de liminar quando exista receio de ineficácia do provimento final (artigo 84, § 3.º), quanto à adoção das medidas que se fizerem necessárias para a tutela específica da pretensão ou o seu resultado equivalente (artigo 84, § 5.º).

Neste mesmo sentido, a efetividade do direito do consumidor contará com outra norma de importância decisiva, sobretudo em sua *praxis* jurisprudencial, que é a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando se observar, a critério do juiz, hipossuficiência ou verossimilhança das alegações deste sujeito protegido no processo (“Artigo 6.º. São direitos básicos do consumidor: (...) 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”). Estas normas terminam por outorgar ao processo civil de defesa do consumidor um perfil próprio, vinculado à efetividade dos direitos consagrados no CDC. Todavia, a eficácia destas normas ultrapassa os limites dos litígios de consumo para regular, muitas delas (em especial as relativas ao processo coletivo), uma série de aspectos processuais estranhos à relação de consumo, caracterizando a influência do direito processual do consumidor sobre todo o sistema processual, em especial no que se refere ao processo civil coletivo.

3.1.3 O direito do consumidor e o direito penal

O direito penal ocupa-se da eleição, proibição e punição de condutas típicas ofensivas aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento. Já foi demonstrado que a defesa do consumidor, tendo sua origem na realização de direito fundamental estabelecido pela Constituição da República, constitui-se em interesse de importância reconhecida pelo ordenamento jurídico. Eis o fundamento a tipificação penal de condutas dos fornecedores, que ofensivas aos interesses dos consumidores, com o objetivo de garantir a efetividade da proteção jurídica conferida pela legislação. Como anota João Batista de Almeida, no âmbito penal a defesa do consumidor é

21. MARINONI. *Técnica processual...*, p. 101.

anterior ao próprio CDC.²² Neste sentido, são exemplos as normas penais que tem por objeto condutas hoje atinentes à proteção das relações de consumo, o Decreto-Lei da Usura, de 1933 (Dec.-lei 22.626/33), os diversos tipos penais estabelecidos no Código Penal de 1940, visando à proteção do consumidor (ainda que sem a utilização específica da expressão), assim como a edição, em 1951, da Lei 1.521/51, que tipificava e reprimia os crimes contra a economia popular. No mesmo ano da promulgação do CDC, houve a edição da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que a par das disposições penais presentes no Código, prevê a repressão de uma série de comportamentos típicos como *crimes contra a economia popular*, ao tempo em que relaciona no seu artigo 7.º, uma série de tipos penais reunidos sob a referência de *crimes contra as relações de consumo*.²³

O método de eleição e determinação de condutas lesivas ao consumidor tipificadas penalmente, deu-se de modo vinculado à violação dos direitos dos consumidores e, da mesma forma, dos deveres indicados aos fornecedores pelas normas do CDC. Neste sentido, foram previstas ao menos doze condutas típicas, abrangendo diferentes aspectos da relação de consumo, desde sua formação (pela oferta ou publicidade, por exemplo), até o oferecimento de produtos e serviços nocivos ou perigosos ao consumidor. Neste sentido, o bem jurídico tutelado pelos tipos penais do CDC, a toda vista, são os diversos direitos básicos do consumidor relacionados na lei,²⁴ ou – no entendimento que perfilamos – a proteção do bem jurídico *relação de consumo*.²⁵ Constituem-se todos os tipos penais previstos no CDC *crimes de perigo* ou de *mera conduta*, uma vez que não vão necessitar da ocorrência de efetivo dano ao consumidor. Daí porque se venha a afirmar, com a vigência do CDC e da Lei 8.137/90, a existência de uma disciplina própria,

22. ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 209.

23. Assim o artigo 7.º da Lei 8.137/90: "Constitui crime contra as relações de consumo: I – favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; II – vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; III – misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo; IV – fraudar preços por meio de: a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto; c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado; d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços; V – elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais; VI – sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação; VII – induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; VIII – destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros; IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo; Pena – detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa".

24. ALMEIDA. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 211.

25. MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM. *Comentários...*, p. 895. FONSECA, Antônio Cezar Lima da. *Direito penal do consumidor. Código de Defesa do Consumidor e Lei 8.137/90*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 45.

decorrente da especialização do direito penal econômico, que se pode caracterizar como o *direito penal do consumidor*.²⁶

3.1.4 O direito do consumidor e o direito administrativo

O direito do consumidor e o direito administrativo relacionam-se na medida em que o dever de proteção do consumidor, estabelecido a partir da norma constitucional, vincula todos os poderes públicos, visando à realização dos direitos fundamentais em geral, e à defesa do consumidor em particular. Neste sentido, a atuação da Administração Pública regula-se pelo direito administrativo, o qual, no que seja pertinente ao direito do consumidor, vai ocupar-se precipuamente da disciplina do exercício do poder de polícia administrativo, fiscalização e controle das atividades dos fornecedores, assim como do exercício do poder regulamentar, de especificar condutas e critérios previstos em lei.

O Código de Defesa do Consumidor prevê a atuação administrativa do Estado na defesa do consumidor em diversos momentos. Primeiro, pela previsão da Política Nacional das Relações de Consumo, integrada, dentre outras iniciativas, pela “ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor” (artigo 4.º, II). Esta atuação estatal deve se operacionalizar: “a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho”. Também integra a Política Nacional das Relações de Consumo, o objetivo de “racionalização e melhoria dos serviços públicos”.

Da mesma maneira, visando à proteção da segurança e saúde do consumidor, o artigo 10, § 1.º, do CDC estabelece a intervenção da autoridade competente na hipótese “do fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem”. É o caso do procedimento de *recall*, coordenado em nível federal pelo Ministério da Justiça.

Por fim, o CDC, ao constituir o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e indicar sua coordenação ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (atual Secretaria Nacional do Consumidor), do Ministério da Justiça, confere a este órgão e aos demais órgãos do sistema, uma série de competências executivas (artigos 105 e 106), assim como ao estabelecer as sanções administrativas a serem impostas em face de violação dos direitos dos consumidores (artigo 56), confere claramente à Administração o dever de aplicá-las, de modo a promover a efetividade das normas de proteção do consumidor.

Esta atuação da Administração, de sua vez, se dá por intermédio das competências regulamentares e executivas previstas no artigo 55 do CDC, que dispõe: “Artigo 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços; § 1.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias; § 3.º Os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais com atribuições para fiscalizar e

26. Assim o entendimento de Antonio Herman Benjamin: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM. *Comentários...*, p. 893-895; e FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 21 et seq.

controlar o mercado de consumo manterão comissões permanentes para elaboração, revisão e atualização das normas referidas no § 1.º, sendo obrigatória a participação dos consumidores e fornecedores; § 4.º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial”.

Dentre os princípios fundamentais do direito administrativo encontra-se o princípio da legalidade, cujo conteúdo impõe que os agentes públicos atuem vinculados aos limites estabelecidos por lei, em vista da realização dos comandos normativos. Neste sentido, o estrito cumprimento das normas de direito do consumidor estabelecidas no CDC e em outras leis não constitui mera faculdade da autoridade administrativa, senão exigência legal intransmissível. Da mesma forma, não se há de considerar, em muitos setores, o afastamento das normas legais de direito do consumidor, em face de outras normas oriundas do poder regulamentar da administração (infralegais), ou mesmo normas legais contraditórias. As normas do CDC constituem *normas legais especiais* frente a outras de regulação da atividade administrativa geral, razão pela qual devem prevalecer. A vinculação da autoridade pública à lei, assim, determina o estrito cumprimento das normas de defesa do consumidor.

Por outro lado, a atuação administrativa, por intermédio do direito administrativo que regula a relação do Estado-administração com os particulares, observa em matéria de defesa do consumidor os mesmos limites impostos em outras circunstâncias à atuação da Administração, como é o caso dos limites ao exercício do poder de polícia e do poder regulamentar (não se admitindo sua contrariedade à lei). Igualmente, nas circunstâncias em que o exercício da atividade administrativa se fundamenta no poder discricionário da autoridade, este resta informado pela decisão que melhor realize o interesse público, o que no caso se satisfaz pela realização do direito fundamental de defesa do consumidor.

3.1.5 O direito do consumidor e o direito empresarial

Convém igualmente examinarmos a relação entre o direito do consumidor e o direito empresarial, inclusive para salientar suas distinções, delimitando os temas que circunscrevem cada uma das áreas. A rigor, como refere Paula Forgioni, “a proteção do consumidor significa o incremento do fluxo de relações econômicas, que por sua vez atua em prol do ‘interesse geral do comércio’”.²⁷

O direito empresarial como se sabe, sofreu grande evolução, deixando de adotar critério de disciplina dos atos de comércio, original em nosso direito desde o Código Comercial de 1850, e de acordo com a tradição vinda do direito francês, para centrar-se na atividade empresarial, especialmente pela influência do Código Civil italiano de 1942,²⁸ adotando a teoria de Cesare Vivante,²⁹ que congregou os fatores natureza, capital, organização, trabalho e risco como requisitos elementares a qualquer empresa. Nesse sentido, os atos de empresa (*atti d'impresa*) são objetivamente reconhecíveis na sua concatenação com os outros atos de empresa, exatamente porque os atos de empresa normalmente não são atos isolados, mas sim ligados funcionalmen-

27. FORGIONI, Paula Andreia. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: RT, 2009. p. 221.

28. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 37-40.

29. VIVANTE, Cesare. *Trattato de Diritto Commerciale*. 4. ed. Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1920.

te a outros atos de empresa, de acordo com os requisitos estabelecidos pela lei para configuração da atividade empresária.³⁰

No direito brasileiro, o desenvolvimento desta ideia culmina na unificação das obrigações civis e empresariais no Código Civil de 2002, e à previsão nesta norma de um livro do direito da empresa, e no qual consta, em seu artigo 966: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.” Aqui há uma distinção importante entre a relação de consumo e a relação empresarial. A primeira se dá entre um profissional (que na maioria das vezes será empresário, podendo, contudo, se tratar de profissional liberal) e um leigo, não profissional. A segunda, entre dois profissionais, empresários, atuando com a mesma finalidade legalmente autorizada: o lucro.

Todavia não há dúvida que o direito do consumidor exerce influência no direito empresarial. Em primeiro lugar, em razão do entendimento – em relação ao qual sustentamos a necessidade de uma interpretação restrita – de que a aplicação do artigo 29 do CDC, a relações entre empresários, dá causa à equiparação a consumidor e, conseqüentemente, de aplicação das normas de proteção do consumidor em favor do empresário. Trata-se de equiparação a consumidor autorizada, segundo critério atualmente utilizado pela jurisprudência, pela presença de desigualdade de posição jurídica e, por conseqüência, de poder entre as partes (vulnerabilidade).

Da mesma forma, representam os direitos do consumidor um novo centro de interesse do qual se aproxima a atividade empresarial,³¹ a definir, inclusive novas bases éticas sobre as quais funda-se a confiança necessária, tanto às relações interempresariais quanto entre a empresa como fornecedora, e o consumidor.³² De modo que as normas de direito do consumidor, embora não se apliquem – como regra – à disciplina das atividades empresariais, por outro lado, determinam tanto a necessidade de diferenciação entre as naturezas de ambas as relações jurídicas, como também contribui com a própria delimitação da autonomia do direito empresarial frente à complexidade das relações econômicas.³³

Refira-se ainda, que uma série de temas objeto de regulação pelo direito empresarial, como é o caso da propriedade intelectual (marcas e patentes), assim como nas relações internas da cadeia de fornecimento (entre fabricantes, distribuidores e importadores, dentre outros) repercutem na aplicação do CDC na proteção dos consumidores.

3.1.6 O direito do consumidor e o direito da concorrência

Das diversas disciplinas jurídicas com as quais se relaciona o direito do consumidor, o direito da concorrência é aquele com o qual guarda maior afinidade em vista de sua origem comum. Em estudo pioneiro sobre o direito do consumidor no Brasil, Fábio Konder Comparato mencionava-o como ramo do direito econômico, ao lado do direito da concorrência. A rigor,

30. RIVOLTA, Gian Carlo M. Gli atti d'impresa. *Rivista di diritto civile*, ano XL, n. 1, p. 121. Padova: Cedam, jan.-fev. 1994.

31. DE LUCCA, Newton. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 354-355.

32. WEINGARTEN, Celia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. *Revista de direito do consumidor*, v. 33, p. 33 et seq. São Paulo: RT, jan. 2000.

33. FORGIONI, Paula Andreia. *A evolução do direito comercial brasileiro*, p. 141-142.

os direitos da concorrência e do consumidor são ramos muito próximos, se os considerarmos como respostas do direito a uma série de transformações e fenômenos econômicos nos últimos sessenta anos. Por outro lado, ambos se assemelham quanto a certos fins comuns que propugnam, como é o caso da eficiência do mercado (proteção contra as *falhas do mercado*). Diante disso é que cresce entre nós a tese sobre a absoluta necessidade de interação entre o direito do consumidor e o direito da concorrência, o que pode ser promovido pela consideração do interesse da proteção do consumidor pelas decisões adotadas pelos órgãos vinculados à defesa da livre-concorrência. Neste sentido, refiram-se as reflexões de Heloísa Carpena, para quem a interpenetração entre as duas esferas (consumidor e concorrência) observa-se atualmente, tanto na jurisprudência quanto nas remissões legislativas entre o CDC e a legislação de defesa da concorrência.³⁴ Neste sentido, afirma a jurista: “A opção pelos interesses dos consumidores, não como objeto direto e imediato, mas como finalidade axiológica da proteção da concorrência decorre da aplicação dos princípios constitucionais, não se admitindo por tal razão, a posição de alguns autores que, embora os reconheçam como um dos objetivos da disciplina antitruste, atribuem-lhe uma importância menor, secundária, constituindo apenas um objeto mediato”.³⁵ E conclui, com acerto: “A proteção da concorrência não é um fim em si mesmo, mas constitui instrumento que, fundado no princípio da igualdade, visa preservar as forças no mercado, a transparência nas informações que nele circulam e, em última análise, garantir opções para que o consumidor possa exercer seu direito básico de escolha”.³⁶

Naturalmente, a relação entre o direito do consumidor e o direito da concorrência não se faz sem a necessidade de uma aproximação entre o *razão econômica* e a *razão jurídica*. A *razão econômica* sustenta-se na construção de tipos-ideais a partir de critérios econômicos, com destaque para a comparação entre *custo e benefício*. Estes critérios pautam, a seu modo, a racionalidade do juízo econômico,³⁷ à medida que se podem identificar eventuais perdas e ganhos decorrentes de uma determinada decisão, decorrendo daí o próprio fundamento da ideia de *bem* a ser conquistado.

Em relação ao direito, a formação do tipo-ideal passa pela discussão dos pressupostos, a partir dos quais se deve identificar sua finalidade. Este debate – como demonstra Lima Lopes – destaca-se no último século, a partir da divergência entre Hans Kelsen e Herbert Hart em relação a aspectos essenciais do modo de pensar jurídico. Enquanto o primeiro indica a construção do raciocínio jurídico através da identificação da conduta correta, para evitar a imposição da sanção,³⁸ o segundo vai fazê-lo simplesmente a partir do questionamento de qual seja a conduta devida (independente da sanção).³⁹ Ambas as hipóteses, contudo, possuem o traço comum de sustentarem-se no cumprimento de regras pré-estabelecidas.⁴⁰

O direito da concorrência apoia-se nos direitos do consumidor, como um dos critérios de preservação da liberdade de concorrência. Em certo sentido, é possível afirmar que a defesa da

34. CARPENA, Heloísa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 245.

35. *Idem*, p. 258.

36. *Idem*, p. 259.

37. LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público e Economia*, n. 8, p. 137-170. Belo Horizonte: Editora Fórum, out.-dez. 2004.

38. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 35 et seq.

39. HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 26 et seq.

40. LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia, p. 141.

livre concorrência constitui-se em espécie de defesa indireta dos direitos dos consumidores,⁴¹ uma vez que seu resultado se apresenta como sendo a eficiência do mercado e melhores condições de contratação para todos. Esta é, aliás a proposição básica de uma *interpretação econômica do direito do consumidor*, propugnando que a defesa mais eficiente do interesse de um consumidor em relação a um fornecedor é a existência de outro, propondo-se a oferecer melhores condições.⁴² Neste sentido, o direito da concorrência surge como uma das garantias básicas da efetividade do direito do consumidor.⁴³

Do ponto de vista legislativo, um dos aspectos mais destacados acerca da relação entre o direito do consumidor e o direito da concorrência constitui-se no regime das práticas comerciais abusivas no CDC (artigo 39). Boa parte das práticas relacionadas na disposição legal informa situações que configuram, ao mesmo tempo, infração às normas do direito da concorrência e do direito do consumidor. Assim, por exemplo, a vedação da venda casada (artigo 39, I), a recusa do atendimento do consumidor mesmo havendo disponibilidade de estoque (artigo 39, II), ou o aumento injustificado de preços (artigo 39, X). Deste modo, o direito da concorrência, na medida em que visa à regulação do comportamento dos agentes econômicos no mercado, assegurando a livre competição entre os fornecedores, termina por influenciar decisivamente o direito do consumidor, de modo que a proteção da livre concorrência resulta, ainda que de modo indireto,⁴⁴ na proteção dos direitos do consumidor.

3.1.7 Autonomia do direito do consumidor

O direito do consumidor, a partir do seu fundamento constitucional e das normas estipuladas no Código de Defesa do Consumidor, realiza um corte transversal nas diversas disciplinas jurídicas, incorporando no seu texto normativo e em seus princípios fundamentais, institutos de diversas áreas do direito, como o direito civil, direito processual, direito penal, direito administrativo, entre outros. Não é demais reafirmar que, ao determinar a aprovação, pelo Congresso Nacional, de um Código de Defesa do Consumidor, o constituinte indicou a esta norma um caráter sistemático, vinculado a uma ideia básica de proteção ao interesse do consumidor.

Como ensina Claudia Lima Marques, a noção de *Código* remete a um todo construído e lógico,⁴⁵ vinculado à noção de microssistema jurídico admitido em nosso direito, e desenvolvido a partir das linhas essenciais estabelecidas pelo texto constitucional. Naturalmente, a concepção clássica de *Código*, pela qual este é considerado como conjunto de normas que regula uma universalidade de relações jurídicas, não tem mais lugar no direito contemporâneo. A multiplicação das leis especiais, e o surgimento dos microssistemas fazem com que as codificações passem a identificar a regulação parcial de um determinado fenômeno, de acordo com um critério de especialização. No caso do CDC, sua sistemática orienta-se em vista de uma ideia-base, de proteção do consumidor, e materializa-se pelo estabelecimento de deveres aos fornecedores, assim como a imputação de responsabilidade na hipótese de violação destes deveres.

41. ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 72.

42. FRIEDMAN, Milton e FRIEDMAN, Rose. *Free to choose: a personal statment*. San Diego: Harvest Book, 1990. p. 222-223.

43. Neste sentido propõe: GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 113 et seq.

44. ALPA. *Il diritto dei consumatori*, p. 107.

45. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 224.

O direito do consumidor brasileiro, deste modo, uma vez que é dotado de princípios e regras próprias, possui produção científica e doutrinária já afirmada e de especialização das relações jurídicas sobre as quais incidem suas normas, passa a ostentar plena autonomia em relação às demais disciplinas jurídicas das quais se origina. Da mesma forma, não se pode mais vislumbrar o direito do consumidor como um fenômeno passageiro, em face de uma suposta transitoriedade da sociedade de consumo diante da realidade histórica.⁴⁶ Em face da separação das etapas e dos sujeitos responsáveis pelas atividades humanas de produção e consumo, afirma-se uma realidade que sustenta a necessidade de tutela específica do destinatário final de produtos e serviços. Por tais razões, é correto afirmar a existência, no direito contemporâneo, ao lado das disciplinas jurídicas tradicionais, como o direito civil, penal, administrativo, ou constitucional, do direito do consumidor, como disciplina autônoma da ciência do direito.

3.2 O DIREITO DO CONSUMIDOR E A ORDENAÇÃO DO MERCADO

Um aspecto pouco explorado do estudo do direito do consumidor diz respeito a sua repercussão como ordenador do mercado de consumo e, conseqüentemente, sua repercussão no domínio econômico em geral. Na verdade, mesmo nas situações em que esta análise é feita, não raras vezes se dá de forma restrita, de modo que, ao identificar as normas de proteção do consumidor como modo de intervenção do Estado no domínio econômico, sobre a forma ou conteúdo desta intervenção se estabelece uma avaliação crítica, favorável ou contrária, conforme dada orientação política sobre as relações entre Estado e o mercado. O que se deixa de perceber, contudo, nestas análises é a repercussão que a aplicação das normas de direito do consumidor tem na ordenação do próprio mercado de consumo. Ao regular a relação de consumo, impondo deveres aos fornecedores, as normas de direito do consumidor influenciam/determinam comportamentos dos agentes econômicos em geral, seja determinando (intervenção por direção), seja induzindo e promovendo (intervenção por indução) a conduta dos agentes econômicos no mercado. Esta intervenção estatal, por intermédio do direito, tem por finalidade, como é sabido, a correção de falhas de mercado⁴⁷. Especialmente de suas externalidades negativas, assim entendidas como os efeitos das relações entre os agentes econômicos prejudiciais a outras pessoas que não sejam parte daquela relação e à sociedade.

O direito do consumidor também tem claro caráter promocional na perspectiva econômica. Justifica-se não apenas sob o fundamento ético de proteção da pessoa humana na sociedade de consumo, mas também sob o critério da economicidade⁴⁸ que orienta o conteúdo da intervenção legislativa do Estado na regulação do mercado. Significa dizer: ao impor deveres jurídicos aos fornecedores visa ao estabelecimento de um *standard* de conduta que não diz respeito apenas às relações individuais entre consumidores e fornecedores, mas como padrão de qualidade e eficiência do mercado como um todo, gerando efeitos positivos não apenas aos interesses individuais dos consumidores, mas também ao próprio incremento das relações econômicas. É fator com que contribui, pois, com o próprio desenvolvimento econômico.

46. Conforme dá conta, para discutir a autonomia da disciplina: ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Direito do consumo*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 71.

47. NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*. Uma introdução ao direito econômico. São Paulo: RT, 1997. p. 161 et seq.

48. CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. São Paulo: RT, 1973. p. 322.

O mandamento constitucional de defesa do consumidor e as normas que o concretizam no plano legal (CDC e demais leis de proteção ao consumidor), também se constituem como critérios para interpretação e aplicação de normas que disciplinam outras relações jurídicas e econômicas que possam repercutir na efetividade da defesa dos interesses dos consumidores. A noção do direito como um sistema, ou seja, a ideia de um sistema jurídico exige a relação de compatibilidade e não contradição entre as normas que o compõem.⁴⁹ Assim, não é admissível que direitos assegurados no Código de Defesa do Consumidor possam ser restringidos ou mesmo desconsiderados e/ou afastados por normas que regulem outras relações jurídicas. Em tais situações, havendo incompatibilidade entre as normas, não se deixa de reconhecer que deve prevalecer a norma, ou certa interpretação que reconheça direitos ao consumidor, em vista de sua compatibilidade com o direito fundamental de defesa do consumidor. É o que, aliás, propõe a teoria do diálogo das fontes na lição autorizada de Erik Jayme, para quem “um método que se destina a coordenar as fontes é preferível a uma solução hierárquica”.⁵⁰ Desse modo, as normas que disciplinam relações econômicas, cujo resultado concreto possa repercutir sobre a garantia e efetividade dos direitos do consumidor, devem ter sua interpretação compatível com o respeito a estes direitos, ou ainda ampliá-los, nos termos do artigo 7.º, do CDC. Porém não podem reduzir o nível de proteção dos consumidores já estabelecido, sob pena de violação do mandamento constitucional. Conforme ensina Claudia Lima Marques, “a consciência da origem do sujeito de direitos consumidor, como sujeito identificado (e protegido) por mandamento constitucional, deve servir para a interpretação de todo o sistema de normas criado pelo CDC e outras normas protetivas (ou não) aplicáveis às relações de consumo. Como afirma Erik Jayme, a origem constitucional serve ao “diálogo das fontes”, assegurando efeito útil e eficácia prática aos valores constitucionalmente protegidos e às normas daí oriundas”.⁵¹

A relação entre as normas de direito do consumidor e outras de ordenação do mercado se estabelecem em diversas áreas, como é o caso das normas de defesa da livre concorrência, direito de propriedade industrial (marcas e patentes), direitos autorais, a proteção do meio ambiente, o comércio internacional, dentre outras. A compatibilidade entre elas, privilegiando-se o efeito útil que promovem reciprocamente, é exigência que se percebe do projeto de vida comum que a Constituição estabelece,⁵² a partir da disciplina da ordem constitucional econômica.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, em seu artigo 4.º, VI, a “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”. Da mesma forma, no inciso VIII, do mesmo artigo, refere o “estudo constante das modificações do mercado de consumo”. De ambos os princípios pode-se perceber desde logo, as seguintes premissas da relação entre as normas de direito do consumidor e as que demais que disciplinam o mercado:

a) O reconhecimento de que o mercado de consumo, como realidade compreendida no contexto das atividades econômicas em geral, modifica-se constantemente. Quer dizer: o com-

49. CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 40.

50. JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration...*, p. 60-61.

51. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6 ed. São Paulo: RT, 2011. p. 406-407.

52. Colhe-se a expressão de LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*. Fundamentos de direito. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2010. p. 83-84.

portamento de consumidores e fornecedores assim como seus interesses imediatos devem ser identificados a partir das mudanças constantes no mercado de consumo, seja pelo surgimento de novos produtos ou serviços, a identificação de vantagens ou desvantagens de produtos e serviços já existentes, ou ainda as alterações na organização das atividades econômicas influenciadas por fatores políticos e sociais, ou ainda pela substituição e/ou alteração de critérios para medir a racionalidade do comportamento dos agentes econômicos devem ser considerados na interpretação e aplicação das normas do Código,⁵³

b) Tanto a concorrência desleal, quanto a utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais, e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores, são considerados comportamentos abusivos dos agentes econômicos, passíveis, portanto, das sanções previstas no CDC ou na legislação que os regule, quando impliquem ou possam implicar prejuízos aos consumidores;

c) Os prejuízos aos consumidores cuja causação a norma do artigo 4.º, inciso VI visa coibir são atuais ou futuros (“... que possam causar prejuízos”). Compreende, portanto, tanto a reparação quanto, principalmente, quando se refira à ordenação do mercado, a prevenção destes danos, nos termos, aliás, previsto pelo direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação de danos previsto no artigo. 6.º, VI, do CDC.⁵⁴

d) É possível identificar a convergência, em várias situações, entre os interesses legítimos de consumidores e fornecedores passíveis de tutela, em vista da violação praticada, por outros fornecedores, de normas protetivas da livre concorrência ou da propriedade intelectual. Neste sentido, a interpretação destas normas e a repressão ao ilícito no âmbito das relações jurídicas que disciplinam, devem considerar para efeito de sua aplicação, os direitos dos consumidores previstos na legislação.

É importante mencionar, contudo, que proteção dos interesses dos consumidores, neste caso, identificam-se de acordo com a máxima efetividade dos direitos assegurados pelo CDC. Isso porque, em situações concretas, não raras vezes os interesses imediatos e específicos do consumidor tomado individualmente podem não ser homogêneos,⁵⁵ seja pela contraposição

53. Neste sentido observa corretamente Ronaldo Porto Macedo Júnior, que capacidade de modificação do mercado e de produtos e serviços é parte da própria estrutura econômica que se desenha a partir do segundo pós-guerra, uma vez que “a estratégia de especialização flexível ou pós-fordista visa fundamentalmente obter vantagens de mercado, oferecendo um produto com tecnologia única, qualidade única ou apoiada por serviço único. A oferta de um bem único permite a criação de um nicho, o que por sua vez permite a manutenção de alto grau de lucratividade e estabilidade comercial. Isso, entretanto, requer a constante mudança do produto, a combinação de inovação com formas flexíveis de produção. (...) pode-se dizer que a estratégia da especialização flexível procura manter o pleno uso da capacidade de produção, ao mesmo tempo em que procura reagir rapidamente (através da inovação do produto) às constantes mudanças no mercado e no plano de produção. Ambas as características são obtidas através do planejamento de longo prazo que, todavia, é revisto diariamente. Assim, por um lado, a produção é planejada tendo-se em vista a sua manutenção por lapsos temporais prolongados e prevenindo-se a continuidade das relações de troca. Um exemplo desse tipo de estratégia pode ser encontrado na associação de empresas em redes produtivas tendo em vista a produção de bens no setor têxtil, informática ou indústria automobilística. Tal estratégia produtiva exigirá esforços cada vez maiores de cooperação econômica e solidariedade de interesses estratégicos” MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Globalização e direito do consumidor*. Revista de direito do consumidor, v. 32, p. 45 e ss. São Paulo: RT, out. 1999.

54. Ver Parte II, itens 1.7 e 1.8, deste Curso.

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

entre o interesse individual e o coletivo (dos consumidores em geral), ou a dissociação de interesses entre consumidores atuais e potenciais ou futuros. Nestes casos, é o *standard* legal que define o interesse a ser protegido, ou seja, o conteúdo das normas previstas no CDC.

Assim, por exemplo, com relação à possibilidade de conflitos da primeira espécie (interesses individuais vs interesse coletivo), observe-se a situação de oferta de um produto ou serviço no mercado por preço abaixo do seu valor de custo, conduta coibida pelas normas de defesa da concorrência. Trata-se de comportamento que agentes econômicos adotam tanto para prejudicar e/ou eliminar concorrentes no mercado interno, quanto no plano do comércio internacional, para conquistar mercados mediante uma postura agressiva aos fabricantes de produtos similares nacionais (*dumping*).⁵⁶ A Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), prevê como infração à ordem econômica, em seu artigo 36, § 3.º, XV, “vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”. O interesse individual e atual do consumidor orienta-se no sentido de identificar no pagamento de preço abaixo do valor do custo uma vantagem. Contudo, quando da oferta nestas condições resulte a possibilidade de restrição/ eliminação da livre concorrência, o ilícito opõe-se ao interesse de consumidores potenciais e futuros, que têm no ambiente de concorrência entre vários fornecedores condição de melhoria da qualidade e preços de produtos e serviços.

Outro exemplo são os custos adicionais impostos aos fornecedores, e por estes distribuídos aos consumidores mediante a fixação de preços dos produtos ou serviços, relativos à redução de danos ao meio ambiente. Neste caso, igualmente, o custo econômico do aperfeiçoamento de produtos ou serviços visando reduzir a poluição a que dão causa, pode resultar na imposição aos consumidores atuais de preços mais elevados, em vista do direito das gerações futuras relativos à preservação do meio ambiente.

Aliás, no caso da compatibilização dos interesses atuais e futuros dos consumidores – assim como, de resto, da sociedade em geral – percebe-se claramente a necessidade de fixar-se a ideia de solidariedade entre gerações (solidariedade intergeracional). Este tema, cujo desenvolvimento se deve imputar primeiro ao direito ambiental,⁵⁷ mas que atualmente domina temas próprios de diversas áreas, no direito do consumidor perpassa uma série de questões, tais como as relativas aos efeitos futuros dos níveis de consumo atuais (base para promoção do consumo

56. Richard identifica dentre as espécies de dumping: a) o dumping predatório, quando o agente econômico adota preços abaixo do custo por certo período, para eliminar a concorrência, passando a elevar novamente seus preços quando atingido o resultado desejado; b) o dumping persistente, quando um agente econômico estrangeiro introduz no mercado de um certo país produtos com preços diferentes dos praticados em seu país, pela eliminação de custos gerais; e c) dumping ocasional, quando o um agente econômico coloca excedentes esporádicos a preço menor no mercado estrangeiro. RICHARD, Efraín Hugo. Daños producidos por el dumping. In: Iturraspe, Jorge Mosset et alii. Daños. Globalización – Estado – Economía. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000. p. 61. No mesmo sentido: W. BARRAL, *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada do Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 11.

57. Neste sentido a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 16.06.1972, que indicou com princípio que “O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras”. Para o tema no direito ambiental, vejam-se os trabalhos de Edith Brown Weiss, citados por BORDIN, Fernando Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental. *Revista de direito ambiental*, v. 52, p. 37. São Paulo: RT, out. 2008.

sustentável), bem como a equação econômica que mantenha a base de contratos de planos de assistência à saúde, seguros e previdência privada. No direito privado em geral tanto a noção de tutela do interesse das futuras gerações, quanto a responsabilidade decorrente de sua atuação surgem – ainda que em estágio inicial – do desenvolvimento do princípio da precaução e seus efeitos,⁵⁸ bem como sobre a possibilidade e conveniência de sua proteção autônoma em relação aos titulares atuais de direitos.⁵⁹

É relevante, assim, examinar-se a relação entre as normas de direito do consumidor e aquelas que disciplinam outras relações de mercado, especialmente diante da necessidade de sua compatibilização sistemática em vista do mandamento constitucional de defesa do consumidor como sujeito vulnerável na sociedade de consumo. Examina-se, a seguir, a relação entre o direito do consumidor e a disciplina jurídica da propriedade intelectual, tomada em seu sentido amplo, abrangendo tanto a proteção jurídica das invenções, quanto das marcas e sinais distintivos e os direitos de autor,⁶⁰ assim como a disciplina de defesa da livre concorrência, e de proteção do meio ambiente, todas de ampla repercussão sobre a ordenação jurídica do mercado.

3.2.1 Direito do consumidor e patentes de invenção

A propriedade industrial abrange a proteção jurídica das patentes de invenção e modelos de utilidade, do desenho industrial e o registro de marcas. Tem por fundamento o artigo 5.º, inciso XXIX, da Constituição Federal, o qual prevê que “XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos.” É disciplinada pela Lei 9.279, de 14 de maio de 1996, bem como por tratados e convenções internacionais, dentre os quais a mais importante é o acordo TRIPS (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, ou *Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio*), celebrado em 1994, no âmbito da regulação do direito do comércio internacional.

58. GAILLARD, Émile. *Généralités futures et droit privé. Vers un droit des générations futures*. Paris: LGDJ, 2011. p. 351-352.

59. *Idem*, p. 511 et seq.

60. Neste sentido, refere Aurélio Wander Bastos: “a legislação sobre a propriedade de criações intelectuais, particularmente as invenções tecnológicas e as obras literárias e artísticas. Os direitos de propriedade intelectual estendem-se, também, para proteger marcas, invenções modelos de utilidade, desenhos industriais, indicações de procedências, denominações de origem, a concorrência desleal, know-how, direitos autorais e conexos e o software. No direito brasileiro e na maioria absoluta das demais legislações estrangeiras, a propriedade intelectual engloba as proteções oferecidas, conjuntamente, pela propriedade industrial e pelo direito do autor. Encontramos exceção no direito espanhol que designa por propriedade intelectual as provisões referentes exclusivamente a direito autorais”. BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário de propriedade intelectual e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 232. Ou como bem refere Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Há, na realidade, duas vertentes no âmbito das situações relacionadas aos direitos autorais, às marcas e patentes, ainda que também se reconheça distinção entre as duas principais modalidades de propriedade intelectual: os direitos autorais (ou propriedade intelectual *stricto sensu*) e as marcas e patentes (ou propriedade industrial). Sob a vertente pessoal, tais direitos compreendem a paternidade da obra em virtude da criação (daí decorrer da personalidade do autor ou inventor). Sob a vertente patrimonial, tais direitos consistem na possibilidade de sua utilização econômica, com a publicação, sua difusão, reprodução, tradução, entre outras espécies de exploração.” GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Propriedade intelectual*. *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 123 et seq. São Paulo: RT, maio 2011.

No caso das patentes de invenção, trata-se do “título de exploração temporal, concedido pela Administração (Estado) ao inventor, em contrapartida à divulgação, bem como da exploração fidedigna do seu invento (...) é um documento expedido pelo órgão competente do Estado que reconhece o direito de propriedade industrial reivindicado pelo titular.”⁶¹ São condições a serem atendidas por aquele que requer o registro de patente, a presença simultânea de três elementos, a saber: a) novidade, b) atividade inventiva; e c) aplicação industrial. O registro da patente concede ao titular o direito de explorar, em caráter exclusivo, seu objeto e/ou autorizar a terceiros que o façam. A finalidade da concessão deste direito exclusivo, por um lado, é permitir ao inventor que recupere seus investimentos realizados no desenvolvimento de invenção. Por outro lado, permitir sua remuneração como instrumento de estímulo ao desenvolvimento tecnológico de novos bens para uso da comunidade.

Na perspectiva do direito do consumidor a proteção das patentes de invenção expõe o conflito entre o direito à qualidade de produtos e serviços colocados no mercado de consumo (o estímulo à evolução tecnológica depende da possibilidade de obtenção de retorno econômico pelos inventores), e a possibilidade de acesso a estes produtos e serviços, o que implica crítica ao privilégio exclusivo de exploração como espécie de restrição da livre concorrência e imposição de condições economicamente gravosas para aquisição destes bens pelo consumidor. Trata-se, portanto, de compatibilizar interesses na qualidade de produtos e serviços no mercado (que afinal, é um dever jurídico do fornecedor, conforme os artigos 8.º e 10, do CDC), e estímulo à inovação tecnológica,⁶² a qual resulta em melhorias do mercado de consumo. Este mesmo objetivo, aliás, é perseguido pela legislação de defesa da concorrência. Daí a razão pela qual constitui infração à ordem econômica, “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia” (artigo 36, § 3.º, XIV, da Lei 12.529/2011).

Uma visão positiva do sistema jurídico de proteção das patentes o identifica como garantia de segurança do consumidor contra riscos dos produtos e serviços. Para sustentar este entendimento, parte-se da premissa que seu titular possui melhores condições de produzi-lo, assim como, uma vez que se submete ao amplo controle do Estado quanto às características e consequências da utilização do produto por ocasião do processo administrativo que verifica as condições de patenteabilidade (artigo 19 e seguintes da Lei 9.279/96), reduz o risco que fornecedores que não observem as mesmas condições introduzam produtos de menor qualidade no mercado, inclusive com riscos à saúde e segurança dos consumidores.

Por outro lado, o sistema de patentes também oferece riscos aos direitos dos consumidores. Isso porque, ao permitir a exploração econômica exclusiva, ou mediante licenciamento, por certo período de tempo, dos produtos que tenham inventado, acentuam a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo, ao mesmo tempo em que restringem de modo expressivo a livre concorrência no mercado. O próprio Código de Defesa do Consumidor estabelece que o princípio da harmonia das relações de consumo⁶³ deve contemplar a “compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico” (artigo 4.º, III, do CDC).

61. BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário de propriedade industrial e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 209-210.

62. CUÉVA, Ricardo Villas Boas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE. *Revista do IBRAC – Direito da concorrência, consumo e comércio internacional*, v. 16, p. 121 et seq. São Paulo: RT, jan. 2009.

63. Veja-se, sobre o princípio, a Parte I, item 4.7, deste Curso.

Antonio Herman Benjamin reconhece a existência de limites subjetivos e materiais para o exercício do direito de propriedade industrial pelo titular da patente. No caso dos limites subjetivos, exigiriam condições particulares do público consumidor, tanto em nível nacional quanto internacional, como é o caso de situação específica que agrave a vulnerabilidade de certos grupos de consumidores. Já no caso dos limites materiais, trata-se de reconhecer a possibilidade de limitação do direito decorrente da patente quando entre em conflito com direitos de igual valor ou superiores, como, por exemplo, os direitos à vida e à saúde.⁶⁴

A Lei 9.279/96 prevê expressamente no seu artigo 68, a possibilidade de licenciamento compulsório quando ocorra o exercício abusivo do direito que a patente concede ao inventor, bem como a não exploração do objeto da patente, ou quando a comercialização não satisfaça às necessidades do mercado: "Artigo 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial. § 1.º Ensejam, igualmente, licença compulsória: I – a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou II – a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado."

Da mesma forma, admite-se a licença compulsória, nos termos do artigo 71, da Lei 9.279/96, nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal: "Artigo 71. Nos casos de emergência nacional ou interesse público, declarados em ato do Poder Executivo Federal, desde que o titular da patente ou seu licenciado não atenda a essa necessidade, poderá ser concedida, de ofício, licença compulsória, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular."

A possibilidade de licenciamento compulsório se vislumbra também orientada pelo interesse do consumidor, especialmente no tocante à tutela de acesso a bens necessários à vida e à saúde, mas igualmente como limite ao exercício do direito de exclusividade de exploração econômica pelo titular da patente. Por outro lado, tais restrições ao direito do titular da patente, mesmo informada, como deve ser, pelo princípio da função social da propriedade (artigo 5.º, XXIII, e artigo 170, II, da Constituição Federal), não pode servir para retirar todo o conteúdo deste direito, de modo a desestimular o investimento em pesquisa e desenvolvimento tecnológico no aperfeiçoamento e invenção de novos produtos e serviços, bem como sua oferta no mercado de consumo.

3.2.2 *Direito do consumidor e proteção das marcas*

A proteção jurídica da marca e seu aproveitamento econômico constitui um importante ativo do patrimônio da empresa, constituindo importante capítulo da atividade empresarial. Define o artigo 122 da Lei 9.279/96, que: "são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais". Já o artigo 123, da mesma lei, define os conceitos de marca de produto ou serviço como sendo "aquela usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa"; marca de certificação, "aquela usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com

64. BENJAMIN, Antonio Herman. *Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. Revista de direito do consumidor*, v. 10, p. 21 et seq. São Paulo: RT, abr. 1994.

determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada” (inciso II); e marca coletiva “aquela usada para identificar produtos ou serviços providos de membros de uma determinada entidade” (inciso III). Já a doutrina costuma classificar as marcas como nominativas, figurativas ou mistas. As primeiras, nominativas, seriam as marcas compostas apenas por palavras, que não apresentam uma forma de letras particular. As marcas figurativas seriam aquelas consistentes em desenhos ou logotipos. E as marcas mistas seriam aquelas que contêm palavras escritas com letras revestidas de uma forma particular ou inseridas em logotipos.⁶⁵

No âmbito das relações de consumo, a marca tem grande importância na atividade econômica do fornecedor, especialmente no contexto da sociedade da informação e a dimensão que a publicidade assume nas relações econômicas massificadas nos dias atuais. Sua avaliação econômica, em larga medida, se estabelece de modo autônomo ao produto ou serviço a que se referem, compondo muitas vezes uma estratégia de marketing em que o valor do próprio produto ou serviço termina por ser proporcionalmente muito menor do que o atribuído à marca. É importante para o fornecedor, uma vez que serve como meio de aquisição e manutenção de consumidores, permitindo a identificação dos produtos e serviços oferecidos no mercado.

Na perspectiva do fornecedor, a proteção jurídica da marca visa proteger juridicamente seu investimento na criação, divulgação e consolidação junto ao mercado consumidor, assim como cria incentivos para que o implemente e/ou mantenha a qualidade de produtos ou serviços associados àquela marca.⁶⁶

No plano internacional, o uso indevido de marca é considerado como causa caracterizadora da concorrência desleal. Assim o artigo 10 bis, da Convenção de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (cujo texto atual é ratificado pelo Decreto 1263/94): “Artigo 10 bis 1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efectiva contra a concorrência desleal. 2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. 3) Deverão proibir-se especialmente: 1.º Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2.º As falsas afirmações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 3.º As indicações ou afirmações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabrico, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.” Na legislação brasileira de defesa da concorrência encontra-se um tipo geral de infração à ordem econômica, de “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.” (artigo 36, § 3.º, XIX, da Lei 12.529/2011).

Entretanto, a proteção jurídica da marca também observa um claro benefício ao interesse dos consumidores, o que justifica a coibição e repressão eficientes ao seu uso indevido, assim como dos nomes comerciais e signos distintivos, pelo CDC, nos termos do disposto em seu artigo 4.º, VI. Notadamente, dentre as finalidades da proteção jurídica da marca, está assegurar a liberdade de escolha do consumidor, uma vez que lhe seja permitido, mediante o direito de uso exclusivo por determinado fornecedor, identificar e distinguir produtos e serviços, dimi-

65. Indicando a distinção, mas alertando em relação à sua inutilidade para fins jurídicos: COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 155.

66. BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 13-16.

nuindo seu esforço de busca e evitando possíveis confusões. A marca é elemento considerado pelo CDC na avaliação do valor econômico e mesmo de uso dos produtos para atendimento ao interesse legítimo do consumidor. Neste sentido é que os artigos 18, § 4.º e 19, III, tutelam o interesse do consumidor, na hipótese de substituição do produto com vício, de receberem outro da mesma marca, em perfeitas condições.

A proteção jurídica da marca e o direito de exclusividade de sua utilização pelo fornecedor, assim, projeta-se na esfera jurídica do consumidor para proteger a confiança despertada e legítima expectativa em relação a sua vinculação a determinados produtos ou serviços, inclusive em produtos destinados a consumidores com vulnerabilidade agravada, caso dos direcionados a crianças.⁶⁷ Deste modo, é possível concluir que sempre onde exista uma violação ao direito de uso exclusivo de marca pelo fornecedor, está presente, em alguma medida, prejuízo aos interesses do consumidor.⁶⁸

Neste sentido, o artigo 124 da Lei 9.279/96, estabelece em seu inciso XIX, que não são registráveis como marca a “reprodução ou imitação, no todo ou em parte, ainda que com acréscimo, de marca alheia registrada, para distinguir ou certificar produto ou serviço idêntico, semelhante ou afim, suscetível de causar confusão ou associação com marca alheia”. O mesmo ocorre em relação às marcas que induzam falsamente indicação geográfica ou alguma qualidade específica do produto. Os incisos IX e X, da mesma lei, impedem o registro de marca em que haja: “IX – indicação geográfica, sua imitação suscetível de causar confusão ou sinal que possa falsamente induzir indicação geográfica; X – sinal que induza a falsa indicação quanto à origem, procedência, natureza, qualidade ou utilidade do produto ou serviço a que a marca se destina”.

O Superior Tribunal de Justiça, em diversas situações, vem firmando seu entendimento na associação entre a tutela do direito do titular da marca e a proteção do direito dos consumidores. No Recurso Especial 1.032.104/RS, a relatora, Min. Nancy Andrighi, referiu, expressamente, que “a finalidade da proteção ao uso das marcas é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto.”⁶⁹ Neste sentido,

67. STJ, REsp 1.188.105/RJ, 4.ª T., j. 05.03.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 12.04.2013

68. Sendo presumidos em relação ao titular da marca, conforme decidiu o STJ: “Civil e comercial. Recurso especial. Propriedade industrial. Marca. Uso indevido. Danos materiais. Presunção. Danos morais. Comprovação. 1. Os embargos declaratórios têm como objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao artigo 535 do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie. 2. Na hipótese de uso indevido de marca, capaz de provocar confusão entre os estabelecimentos e consequente desvio de clientela, desnecessária a prova concreta do prejuízo, que se presume. 3. Há que ser demonstrado o efetivo prejuízo de ordem moral sofrido pelo titular do direito de propriedade industrial, decorrente da sua violação. Na hipótese, configurado pelo protesto efetuado. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.174.098/MG, 3.ª T., j. 04.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 15.08.2011).

69. STJ, REsp 1.032.104/RS, 3.ª T., j. 18.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 24.08.2011. No mesmo sentido: REsp 1.105.422/MG, 3.ª T., j. 10.05.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 18.05.2011; AgRg no REsp 954.378/MG, 4.ª T., j. 14.04.2011, rel. Min. João Otávio de Noronha *DJe* 03.05.2011; REsp 929.604/SP, 3.ª T., j. 22.03.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 06.05.2011; REsp 1.204.488/RS, 3.ª T., j. 22.02.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 02.03.2011; REsp 887.686/RJ, 4.ª T., j. 23.11.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 26.11.2010; REsp 1.418.171/CE, 3.ª T., j. 01.04.2014, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 10.04.2014.

protege-se o uso exclusivo da marca tanto quando seu uso indevido possa dar causa ao desvio de clientela,⁷⁰ prejudicando o interesse do fornecedor, quanto em razão da possibilidade de gerar confusão para os consumidores, frustrando ou se aproveitando de sua confiança.⁷¹

O interesse do consumidor é relevante inclusive para distinguir o próprio âmbito de aplicação da proteção jurídica da marca, como no REsp 862.067/RJ decidido pelo STJ, em que se discutia a violação do direito de marca pela denominação de um condomínio com o mesmo nome de uma empresa imobiliária. Nesta situação o relator do caso, em seu voto-condutor assinalou que “a marca e os outros sinais distintivos permitem impedir que alguém use, no exercício de atividades econômicas, sinal idêntico ou semelhante para os mesmos elementos para que o sinal foi registrado e que possa causar risco de confusão ou de associação no público”, aduzindo pois que “a marca serve para registrar produtos ou serviços”,⁷² coibindo-se daí a reprodução ou imitação da marca.

Observe-se que para o reconhecimento do uso indevido da marca basta que exista a possibilidade de confusão entre mais de uma delas, não havendo a necessidade de demonstrar-se que tenha efetivamente ocorrido.⁷³ Em sentido contrário, não se demonstrando as hipóteses de confusão do consumidor, concorrência desleal e/ou desvio de clientela, não deverá ser reconhecida a possibilidade de impedir o uso da marca.⁷⁴ Note-se, neste particular, que o critério ado-

70. STJ, REsp 1.174.098/MG, 3.ª T., j. 04.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 15.08.2011.

71. “Comercial e civil. Direito marcário. Uso indevido de marca caracterizada. Abstenção. Indenização. A violação marcária se dá quando a imitação reflete na formação cognitiva do consumidor que é induzido, por erro, a perceber identidade nos dois produtos de fabricações diferentes. O uso indevido de marca alheia sempre se presume prejudicial a quem a lei confere a titularidade. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (STJ, REsp 510.885/GO, 4.ª T., j. 09.09.2003, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 17.11.2003). Ou como conclui a Corte em mais um precedente da Min. Nancy Andrighi: “Direito empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos. O dano moral corresponde, em nosso sistema legal, a lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro. Na contrafação, o consumidor é enganado e vê subtraída, de forma ardil, sua faculdade de escolha. O consumidor não consegue perceber quem lhe fornece o produto e, como consequência, também o fabricante não pode ser identificado por boa parte de seu público alvo. Assim, a contrafação é verdadeira usurpação de parte da identidade do fabricante. O contrafator cria confusão de produtos e, nesse passo, se faz passar pelo legítimo fabricante de bens que circulam no mercado. Certos direitos de personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do artigo 52 do CC/2002 e, entre eles, se encontra a identidade. Compensam-se os danos morais do fabricante que teve seu direito de identidade lesado pela contrafação de seus produtos. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.032.014/RS, 3.ª T., j. 26.05.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04.06.2009).

72. STJ, REsp 862.067/RJ, 3.ª T., j. 26.04.2011, rel. Des. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), DJe 10.05.2011.

73. STJ, REsp 954.272/RS, 3.ª T., j. 13.11.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01.04.2009; no mesmo sentido: REsp 401.105/RJ, 4.ª T., j. 20.10.2009, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), DJe 03.11.2009.

74. “Agravado de instrumento. Propriedade industrial. Registro de marca. Anulação. Ausência de afronta ao artigo 535, II do CPC. Tribunal *a quo* de acordo com a jurisprudência do STJ. Reexame de prova. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (...) 2. Anulação de Registro de Marca: ao firmar a conclusão de que não há possibilidade de confundir-se o consumidor entre a marca “Unilever” da recorrente e a marca “Unilevel” da recorrida, porque o circuito de distribuição e comercialização

tado pelo STJ é de que a possibilidade de confusão possa ocorrer ao 'consumidor desatento', ou como explica corretamente a Min. Nancy Andrighi, em seu voto no Recurso Especial 698.855/RJ, "em nenhum momento a Lei exige que a semelhança entre as marcas seja grande a ponto de confundir até mesmo o observador atento. Para a Lei, basta que os produtos sejam parecidos a ponto de gerar confusão. (...) A Lei se destina, não ao consumidor atento, mas justamente ao consumidor que, por qualquer motivo, não se encontra em condições de diferenciar os produtos similares. Não se pode descurar o fato de que, muitas vezes, o consumidor não pode ler a embalagem de um produto ou, ao menos, tem dificuldade de fazê-lo, seja por seu grau de instrução, por problemas de saúde ocular ou mesmo por pressa. Nesses casos, tudo o que o consumidor distinguirá será a forma da embalagem, as características gerais do produto, as cores apresentadas e assim por diante".⁷⁵ Acrescente-se que a identificação de quem seja o consumidor desatento, na verdade realiza-se também a partir da incidência do princípio da vulnerabilidade, para o que se deverá levar em consideração aspectos como a espécie e destinação do

dos produtos por ela assinalados é totalmente distinto, não se podendo cogitar de concorrência desleal ou desvio de clientela, o Tribunal recorrido tomou em consideração os elementos fáticos carreados aos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Exceção: somente o alto renome, não comprovado na espécie, a justificar a proteção em todas as classes de produtos, implicaria na desconstituição do registro da marca. Precedentes. Incidência da Súmula 83/STJ. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (STJ, AgRg nos EDcl no Ag 1.079.375/RJ, 4.ª T., j. 04.06.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 22.06.2009). No mesmo sentido: "Propriedade industrial. Colisão de marcas. "moça fiesta" e "fiesta". Possibilidade de erro, confusão ou dúvida no consumidor. Não caracterização. Para impedir o registro de determinada marca é necessária a conjunção de três requisitos: a) imitação ou reprodução, no todo ou em parte, ou com acréscimo de marca alheia já registrada; b) semelhança ou afinidade entre os produtos por ela indicados; c) possibilidade de coexistência das marcas acarretar confusão ou dúvida no consumidor (Lei 9.279/96, artigo 124, XIX). Afastando o risco de confusão, é possível a coexistência harmônica das marcas" (STJ, REsp 949.514/RJ, 3.ª T., j. 04.10.2007, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJ* 22.10.2007).

75. "Propriedade Industrial. Alegação de imitação de marca cujo registro fora solicitado pela autora, mas ainda não concedido por ocasião da propositura da ação. Registro obtido no curso do processo. Acórdão que julga improcedente o pedido com fundamento em que, apesar de muito parecidas, as marcas da autora e da ré não seriam capazes de gerar confusão em consumidor atento. Necessidade de reformada decisão. Recurso provido. Não se conhece do recurso especial por ofensa ao artigo 535 do CPC nas hipóteses em que não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido. O fato de o acórdão impugnado não ter tomado em consideração a existência de registro, no curso do processo, da marca cuja proteção se pleiteia, não influiu no julgamento porquanto o Tribunal desenvolveu, como argumento subsidiário, a ideia de que, mesmo registrada a marca, ela não mereceria proteção na hipótese dos autos. O fundamento utilizado pelo Tribunal 'a quo', de que as marcas do autor e do réu para o sabão em pedra controvertido são parecidas, mas não a ponto de confundir o consumidor atento não pode prosperar. O consumidor atento jamais confundiria embalagens de produtos, por mais parecidas que sejam. O que a lei visa a proteger em relação a imitações é a possibilidade de o produto concorrente ser adquirido, por engano, justamente pelo consumidor desatento ou incapaz de reparar nos detalhes da embalagem, seja por falta de instrução, por problemas de visão ou por pressa. Dat a necessidade de prover o recurso especial nessa parte, para conferir aos recorrentes a proteção da marca no período posterior ao deferimento do registro. A proteção conferida pelo artigo 129 da LPI protege apenas a marca a partir do deferimento do registro. O período compreendido entre o protocolo e a concessão do registro é protegido, ou pelo artigo 130, III, da referida Lei, ou pelo artigo 21, XVI, da Lei 8.884/95, conforme o caso. Não tendo sido arguida a violação de nenhum desses artigos, o recurso não merece prosperar nesse aspecto. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (REsp 698.855/RJ, 3.ª T., j. 25.09.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJ* 29.10.2007).

produto, seu público-alvo, modo de comercialização e outras condições que permitam concretamente avaliar a possibilidade de confusão do consumidor. Neste sentido, o mesmo ocorre em relação às situações que não se trate do uso da marca propriamente dita, mas do conjunto visual da embalagem e/ou apresentação do produto e/ou do fornecedor, que dê causa à confusão do consumidor, o denominado *trade dress* ('conjunto-imagem'), reconhecido pela jurisprudência como causa de concorrência desleal,⁷⁶ mas que deve também admitir a tutela da transparência e boa-fé do consumidor.

A possibilidade de dar causa à confusão do consumidor, todavia, não é considerada na hipótese de marcas de alto renome, assim declaradas pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI –, nos termos do artigo 125, da Lei 9.279/96. É considerada de alto renome, nos termos do artigo 2.º da Resolução 121/2005 do INPI, “a marca que goza de uma autoridade incontestável, de um conhecimento e prestígio diferidos, resultantes da sua tradição e qualificação no mercado e da qualidade e confiança que inspira, vinculadas, essencialmente, à boa imagem dos produtos ou serviços a que se aplica, exercendo um acentuado magnetismo, uma extraordinária força atrativa sobre o público em geral, indistintamente, elevando-se sobre os diferentes mercados e transcendendo a função a que se prestava primitivamente, projetando-se apta a atrair clientela pela sua simples presença.” O efeito do reconhecimento desta qualidade pelo INPI sustenta-se, justamente, que é por conta da notoriedade da marca é que seu uso não é suscetível de causar confusão aos consumidores, de modo que este critério não será útil para discutir-se o cabimento da proteção ou não das marcas assim declaradas.⁷⁷

Percebe-se, assim, a intersecção da proteção jurídica das marcas e o direito à informação do consumidor, cuja tutela é direta por força do artigo 6.º, III, do CDC, assim como as disposições desta norma relativas à oferta e publicidade de produtos e serviços no mercado de consumo.

76. STJ, REsp 1.306.690/SP, 4.ª T., j. 10.04.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 23.04.2012. Para o tema sob a perspectiva da proteção à propriedade intelectual, vejam-se os comentários de José Roberto D'Afonseca Gusmão e Laetitia Maria Alice Pablo D'Hanens, ao acórdão do TJSP, na ApCiv 0107915-70.2007.8.26.0000, 9.ª Câmara de Direito Privado, j. 14.02.2012, de relatoria do Des. José Luiz Gavião de Almeida. GUSMÃO, José Roberto D'Afonseca; D'HANENS, Laetitia Maria Alice Pablo. Breves comentários à proteção do *trade dress* no Brasil. Revista dos Tribunais, v.919, p. 585 e ss. São Paulo: RT, maio/2012. Da mesma forma, veja-se, com interessante pesquisa jurisprudencial, o artigo de: MELLO, Erika Faria de. *Trade dress: análise comparativa dos tribunais nacionais de 1996 a 2011*. Revista da ABPI, v. 121, p. 3 e ss. São Paulo: ABPI, nov.-dez./2012. No mesmo volume, de igual modo, o estudo de: PINTO, André Almeida Matos de. MONTENEGRO, Diego. PINHEIRO, Lauro Augusto Vieira Santos. *O trade dress e sua aplicação no Brasil*. Revista da ABPI, v. 121, p. 45 e ss. São Paulo: ABPI, nov.-dez./2012.

77. “Propriedade industrial. Recurso Especial. Ação cominatória. Proibição ao uso de marca de alto renome. Exceção ao princípio da especialidade. Impossibilidade de associação entre produtos e serviços. Irrelevância. Declaração do INPI reconhecendo a marca de ‘alto renome’. Imprescindibilidade. – O direito de propriedade da marca é limitado, entre outros, pelo princípio da especialidade/especificidade, o qual é previsto, de forma implícita no artigo 124, XIX, da Lei 9279/96. – O princípio da especialidade não se aplica às marcas de alto renome, sendo assegurada proteção especial em todos os ramos da atividade, nos termos do artigo 125 da Lei 9279/96. É irrelevante, para fins de proteção das marcas de alto renome, a discussão a respeito da impossibilidade de confusão pelo consumidor na aquisição de produtos ou serviços. Para se conceder a proteção conferida pelo artigo 125 da Lei 9279/96, é necessário procedimento junto ao INPI, reconhecendo a marca como de ‘alto renome’. Recurso especial a que nega provimento” (STJ, REsp 951.583/MG, 3.ª T., j. 27.10.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 17.11.2009).

3.2.3 Direito do consumidor e os direitos de autor

As relações entre os direitos de autor e o direito do consumidor observam importância crescente, especialmente na sociedade da informação, na qual as obras protegidas por direitos de autor⁷⁸ convertem-se em produtos ou serviços ofertados pelos diversos meios de comunicação e transmissão de dados no mercado de consumo.⁷⁹ A facilitação do acesso à informação e sua compreensão como bem objeto de oferta no mercado de consumo, passa a exigir o exame dos pontos de aproximação e, ao mesmo tempo, de distinção entre o direito do consumidor e os direitos de autor. Ambos são titulares de direitos fundamentais específicos (artigo 5.º, XXVII, XXVIII e XXXII, da Constituição Federal), o que por si só induz a necessidade de compatibilizar os interesses de ambos⁸⁰ em vista da sua efetiva proteção.

Assim, por exemplo, no tocante aos efeitos da internet sobre a eficácia da proteção dos direitos autorais, diga-se que estão relacionados também com a associação da obra objeto de proteção como espécie de produto no mercado de consumo. Neste sentido, a repercussão da internet para os direitos autorais pode ser assim sistematizada: a) a alteração do processo de divulgação/publicação da obra, que tradicionalmente envolvia a relação do autor com a empresa que organizava sua exploração econômica e desta com os consumidores, agora admite a possibilidade de relação direta entre autores e consumidores, ou mesmo de consumidores entre si; b) há, do mesmo modo, uma facilitação da reprodução e modificação das obras no meio digital; e c) a desmaterialização das obras e a possibilidade de divulgação dispensando suportes físicos tradicionais, implicam redução significativa dos custos de comercialização, provocando a discussão sobre a transferência destas vantagens para o preço oferecido ao consumidor.

É preciso, contudo, identificar algumas premissas: 1) os interesses de consumidores e titulares de direitos autorais não são necessariamente coincidentes: como regra interessa ao autor a divulgação de sua obra, mas também o retorno econômico de suas criações; ao consumidor interessa especialmente o acesso à obra ao custo menor possível; 2) a proteção da integridade da obra e o controle de sua integridade pelo autor, nem sempre se compatibiliza com o interesse do consumidor, especialmente nos novos meios digitais e as práticas denominadas

78. Segundo o artigo 7.º, da Lei 9.610/98: "Artigo 7.º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II – as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; III – as obras dramáticas e dramático-musicais; IV – as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V – as composições musicais, tenham ou não letra; VI – as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII – as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII – as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX – as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X – os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI – as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII – os programas de computador; XIII – as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual."

79. Para o tema, sob a perspectiva sociológica, veja-se o excelente trabalho de CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Londres: Oxford University Press, 2009. p. 54 et seq.

80. BITTAR, Carlos Alberto. O direito de autor e o impacto das novas técnicas. *Revista dos Tribunais*, v. 701, p. 13 et seq. São Paulo: RT, mar. 1994.

“colaborativas”, que permitem a intervenção de diversos autores modificando-se permanentemente o conteúdo de uma determinada obra, ou tomá-la por inspiração para obras novas.

Os direitos de autor costumam-se distinguir em patrimoniais e morais (ou pessoais). Os primeiros relativos à proteção do autor enquanto titular do direito de perceber as vantagens econômicas de exploração da obra.⁸¹ Os segundos relacionados à associação entre o autor e sua obra, de modo que não apenas seja reconhecida sua autoria, como lhe indica a prerrogativa de controlar a integridade do seu conteúdo e o acesso à obra (este último, aliás, que tem sido, de acordo com Ascenção, o grande prejudicado pela globalização dos direitos de autor.⁸²

No direito brasileiro os direitos autorais são disciplinados pela Lei 9.610/98, que confere ao autor “direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica” (artigo 28). Da mesma forma, disciplina os direitos morais de autor, estabelecendo em seu artigo 24, que “São direitos morais do autor: I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III – o de conservar a obra inédita; IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.”

Todavia, desde quando colocados como produtos no mercado de consumo, as obras protegidas por direitos de autor colocam-se também sob a égide das normas que disciplinam as relações econômicas em geral, como é o caso das leis que tutelam a livre concorrência e os direitos do consumidor. Em relação ao direito do consumidor, são duas as questões principais que exigem a análise coordenada de suas normas e as que disciplinam os direitos autorais: a) eventual exercício abusivo dos direitos de autor, de modo a restringir o acesso à obra, ou obter vantagens econômicas excessivas de sua exploração; e b) o direito de reprodução para fins não econômicos (“cópia privada”).

Segundo aduz Helenara Avancini, a primeira situação, de exercício abusivo, caracterizaria um “excesso de titularidade”, “caracterizado pelos atos praticados por uma pessoa física ou jurídica que detém legitimamente o direito exclusivo de exploração de uma obra, com fim de impedir ou não autorizar o uso da obra por terceiros, para perpetuar a exploração exclusiva, com o objetivo de obter, para si, uma vantagem econômica direta ou indireta, em frontal prejuízo da ordem econômica e social.”⁸³ A definição deste exercício abusivo em relação a um in-

81. Veja-se sobre o tema: ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 71 et seq.

82. ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

83. AVANCINI, Helenara Braga. *Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica*. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69-70.

teresse coletivo de acesso à obra, contudo, exige grandes cuidados, especialmente por dizer respeito à limitação de uma das prerrogativas essenciais sobre a qual se funda o direito do autor, que é a de ter o controle sobre a própria obra.

Um critério tradicionalmente utilizado para examinar a legitimidade das limitações aos direitos autorais é a denominada “regra dos três passos”, estabelecida pela Convenção de Berna, de 1886. Segundo esta regra, a limitação aos direitos de autor, especialmente no tocante à reprodução da obra será admitida: (a) em certos casos especiais, (b) desde que tal reprodução não prejudique a exploração normal da obra; e (c) nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses do autor. Atualmente, a interpretação da regra e sua introdução nos diferentes sistemas jurídicos se faz de diferentes modos, dando causa a esforços acadêmicos no sentido de uniformizar seu entendimento como critério para determinação do equilíbrio de interesses entre o titular do direito e a coletividade.⁸⁴

Esta questão remete, então, ao segundo tema relevante na relação entre os direitos autorais e o direito do consumidor, em relação ao direito de reprodução das obras, realizada para fins não lucrativos, denominada como “cópia privada”. Há uma tendência, inclusive no direito brasileiro, de aumentarem as permissões de uso sem necessidade de remuneração,⁸⁵ bem como de permitir-se a reprodução da obra para fins privados. Ao referir-se à “cópia privada” se está a tratar do direito de reprodução de obra para uso individual, sem fins de lucro.⁸⁶

O artigo 46, II, da Lei 9.610/98, estabelece: “Artigo 46. Não constitui ofensa aos direitos autorais: (...) II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro”. Ao limitar-se a pequenos trechos de obra a possibilidade de reprodução, entende-se que a legislação proibiu a denominada cópia privada⁸⁷ Desse modo, considere-se que, ainda que para uso privado são consideradas violações ao direito do autor, reprodução para além de pequenos trechos da obra.⁸⁸ Naturalmente que a definição do que se considerem “pequenos trechos” admite interpretações diversas, bem como na prática, frente à evolução tecnológica, torna-se difícil impedir que a reprodução de pequenos trechos possam compor, mediante sucessivas operações, a obra inteira (de modo a caracterizar um ilícito aos direitos de autor). No tocante às relações de consumo, contudo, considerando haver direito de reprodução de pequenos trechos, quando a obra se caracterize como produto comercializado no mercado, é razoável admitir que esta possibilidade não poderá ser impedida por meios tecnológicos sob pena da caracterização de vício do produto ou, por outro lado, discutir-se sua possibilidade desde que previamente informado ao consumidor. Por outro lado, será lícito ao fornecedor que reproduz comercialmente e a introduz no mercado, impedir sua reprodução integral, pelos meios disponíveis para este fim. Registre-se, por fim, que se observa a tendência de admitir a ampliação das situações em que será admissível a reprodução com fins não lucrativos, conforme iniciativas de reforma legislativa que, no Brasil, são objeto de grande

84. GEIGER, Christophe; GRIFFITHS, Jonathan; HILTY, Reto M. Declaração sobre o “Teste dos três passos” do direito de autor. *Revista de direito privado*, v. 41, p. 293 et seq. São Paulo: RT, jan. 2010.

85. BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. O anteprojeto de revisão da lei de direito autorial do governo Lula. *Revista de direito das comunicações*, v. 3, p. 153. São Paulo: RT, janeiro/2011.

86. FURTADO, Wilson. A cópia privada e direitos fundamentais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor...* p. 296.

87. ABRÃO, Eliane Yachou. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002, p. 148.

88. FRIAS, Felipe Barreto. Instituto da cópia privada no direito autorial brasileiro – análise dogmática e crítica. *Revista dos Tribunais*, v. 846, p. 66. São Paulo: RT, abril/2006.

debate nos últimos anos, especialmente pela necessidade de adaptação às novas tecnologias,⁸⁹ em especial a internet. Neste caso, tais iniciativas deverão compatibilizar a proteção legítima dos direitos de autor e o direito de acesso ao consumo de bens culturais.⁹⁰

Em se tratando de produtos objeto de proteção pela legislação de direitos autorais, sua fabricação e oferta no mercado de consumo deve compatibilizar os interesses envolvidos. Porém, o direito do consumidor à qualidade do produto estabelece um limite ao fornecedor de não dar causa a nenhuma restrição quanto ao seu uso, além daqueles permitidos pela Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98). E, igualmente, para exame do dever de adequação, a necessidade de identificar-se os fins que o consumidor legitimamente espera de sua utilização, os quais devem ser interpretados de acordo com o uso lícito admitido pela legislação. A interpretação da norma, contudo, deverá considerar os fins econômicos e sociais do direito de autor para determinação do exato significado dos seus termos.

3.2.4 Direito do consumidor e livre concorrência

Conforme examinamos no item 3.1.6 *retro*, as relações entre o direito do consumidor e o direito da concorrência decorrem não apenas de sua origem comum (direito econômico), mas igualmente, porque na prática, em muitas situações, é o interesse do consumidor, ou ainda, o bem estar do consumidor o critério para definir a admissibilidade ou não de certas condutas que podem ser consideradas como restritivas à livre concorrência. Isto porque, a rigor, presume-se o interesse do consumidor na visão de mercado pela qual a concorrência dos agentes econômicos estimule maior qualidade e melhores condições para aquisição de produtos e serviços. Trata-se, portanto, de um interesse mensurável, a partir do qual devem ser examinadas as condutas dos agentes econômicos no mercado.

O interesse do consumidor pode ser observado segundo duas visões no direito da concorrência. A primeira, que reconhece a proteção do consumidor como *finalidade* a ser assegurada pela livre concorrência.⁹¹ A segunda, referindo que o interesse do consumidor é *critério útil* de interpretação das normas do direito da concorrência, determinando, portanto, seu sentido e aplicação.⁹²

Segundo Newton De Lucca, contudo, “pouco importa que, isoladamente consideradas, essas duas lógicas – a do direito do consumidor e a do direito da concorrência – persigam

89. BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna Direito de autor e novas mídias. *Revista de direito privado*, v. 3, p. 95. São Paulo: RT, julho/2000.

90. Para o exame do acesso a bens primários, dentre os quais o acesso ao consumo como paradigma do direito contemporâneo, veja-se: LORENZETTI, *Teoria da decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010. p. 244.

91. Neste sentido, na doutrina brasileira, dentre outros: CARPENA, Heloísa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; GLÓRIA, Daniel Firmato Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. *Revista dos tribunais*, v. 880, p. 9. São Paulo: RT, fevereiro/2009.

92. Ou como ensina Danièle Meledo-Briand, em relação à experiência do direito europeu, “o regramento da concorrência assume expressamente o consumidor entre os seus critérios de análise nos diferentes Estados-Membros, assim como no Tratado de Roma. Ele inclui o consumidor nos seus preceitos de duas maneiras, ou pela consideração do seu interesse (A), ou pela atribuição a ele – consumidor – de direitos específicos (B)”. MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. *Revista de direito do consumidor*, v. 35, p. 39 et seq. São Paulo: RT, julho/2009.

objetivos diversos, assim como pouco importa, igualmente, que a primeira conceba o consumidor como sujeito passivo, enquanto a segunda o considere como destinatário final do mercado (ora como sujeito ativo, ora como agente econômico).” Dai porque refere, apoiado na lição de Bienayme, que o consumidor é o *sujeito central, mas fantasmagórico do direito da concorrência*.⁹³ Porém, ainda que haja certa dificuldade de definir uma interpretação comum do que deva ser considerado o interesse do consumidor, ensina corretamente De Lucca, para quem “é o direito da concorrência que deverá se esforçar para preservá-la, fazendo com que ela não venha a ser conspurcada por eventuais benefícios de curto prazo que poderão, no entanto, ser transformados em malefícios certos, a longo prazo (...)”.⁹⁴

Está correta a observação do eminente professor da USP. De fato, a defesa da livre concorrência e da defesa do consumidor podem colocar em relevo a tensão entre interesses atuais e futuros dos consumidores. Isso porque, via de regra, a conduta anticoncorrencial que será reconhecida como infração à ordem econômica, ou decorre do aproveitamento de uma determinada posição do fornecedor para oferecer condições imediatamente mais vantajosas ao consumidor – mas que não se justificam sob o critério de racionalidade econômica (preços abaixo do custo de produção, venda casada aparentemente benéfica para o consumidor, p. ex.), mas cujos efeitos a médio e longo prazo são claramente lesivos aos interesses dos consumidores em geral, por conta do objetivo ou efeito que delas resultam, que é a restrição ou eliminação dos demais concorrentes do mercado. Por outro lado, há igualmente condutas anticoncorrenciais que revelam imediatamente seu caráter prejudicial ao consumidor, como é o caso, dentre outros, do acordo entre concorrentes sobre preços e condições de oferta de produtos e serviços (“cartel”), previsto no artigo 36, 3.º, I e II, da Lei 12.529/2011.⁹⁵

Independentemente do entendimento a que se chegue quanto à posição do interesse do consumidor para o direito da concorrência – se finalidade cogente a ser perseguida ou como critério útil para interpretação e aplicação e suas normas – note-se que o artigo 1.º da Lei 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe: “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, *defesa dos consumidores* e repressão ao abuso do poder econômico.” A prevenção e repressão às infrações à ordem econômica orienta-se pelos ditames (melhor seria “princípios”, no termos do artigo 170, da Constituição Federal), constitucionais, dentre os quais a defesa do consumidor. Daí resultam duas conclusões essenciais: que a interpretação e aplicação das normas de direito da concorrência devem orientar-se pelo princípio constitucional de defesa do consumidor. Significa dizer:

93. De Lucca, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 206.

94. *Idem*, p. 207.

95. Neste sentido, refira-se que a nova Lei de defesa da concorrência (Lei 12.529/2011), previu com melhor detalhamento a infração consistente no concerto entre concorrentes para uniformizar ou acordar condições de oferta de produtos no mercado (os cartéis). Neste sentido dispôs, em seu artigo 36, 3.º, I e II: “I – acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou perfodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II – promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes (...)”

as decisões adotadas pelas autoridades competentes devem ser justificadas/fundamentadas também pela demonstração de sua adequação com o interesse do consumidor. E da mesma forma, os efeitos que decorram destas decisões, devem ser aferidos segundo os benefícios ou ausência de prejuízos ao interesse dos consumidores. Neste sentido, a eficiência ou racionalidade econômica que fundamentam as decisões em matérias que envolvam o direito da concorrência, não podem ser demonstrados em termos abstratos ou meramente financeiros, mas também segundo sua aptidão de atender ou não contrariar o interesses dos consumidores que se tornem evidenciados no caso.

Ademais porque, atualmente, a intervenção do Estado no domínio econômico em matéria de defesa da livre concorrência e dos consumidores é desafiada em muitos setores, mas especialmente no campo da chamada nova economia, relativa aos serviços informáticos e de internet, por iniciativas e condutas dos agentes de mercado que resultam na aproximação cada vez maior entre as políticas antitruste e de defesa do consumidor.⁹⁶ Não se desconhece, naturalmente, que em muitas questões envolvendo possível violação da livre concorrência, opõem-se interesses de agentes econômicos cuja atividade não implica que sejam parte de relações de consumo, na medida em que não se configuram diretamente como fornecedores de produtos e serviços no mercado. Assim, por exemplo, agentes econômicos que explorem matérias-primas para produtos e/ou serviços, ou infraestrutura de serviços, dentre várias outras atividades. Não se relacionam diretamente com o consumidor, mas ao contrário, desenvolvem atividades em geral reguladas pelo direito civil e empresarial. Nestes casos pode surgir a dúvida de como considerar o interesse dos consumidores. Ocorre que qualquer das condutas ou contratos entre empresas repercutem nos custos de suas atividades, e no sistema de distribuição destes custos, de modo que impactam igualmente no preço e na qualidade de produtos e serviços que em algum momento das relações econômicas que se desenvolvem no mercado, serão percebidos pelos consumidores. É o caso da discussão acerca da validade de cláusula que dispõem sobre a exigência de exclusividade de médicos organizados em cooperativas de prestação de serviços, que impedem seu credenciamento junto a outras operadoras de planos de saúde, descumprindo o dever previsto no artigo 18, III, da Lei 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde). Ainda que se discuta a questão exclusivamente sob a perspectiva do direito da concorrência (em face da limitação de ingresso de outros concorrentes no mercado),⁹⁷ parece evidente que qualquer decisão sobre a

96. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. Análise da situação político-institucional brasileira em relação à defesa do consumidor e da concorrência tendo em perspectiva os estudos empreendidos por ocasião dos 90 anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 14, p. 169 et seq. São Paulo: RT, janeiro/2007.

97. “Processual civil. Recurso especial. Administrativo. Cooperativa de médicos. Pacto cooperativo. Cláusula de exclusividade. Fidelidade do médico à cooperativa do plano de saúde. 1. Os contratos de exclusividade das cooperativas médicas não se coadunam com os princípios tutelados pelo atual ordenamento jurídico, notadamente à liberdade de contratação, da livre iniciativa e da livre concorrência. 2. As relações entre a Cooperativa e os médicos cooperados devem obedecer a cláusula final inserta no artigo 18, III, da Lei 9.656/1998, estando as disposições internas daquele ente em desarmonia com a legislação de regência. 3. O referido dispositivo enuncia: Artigo 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos: III – a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor

questão deve considerar seus efeitos, no tocante a eventual reforço da atividade para contratação de outros fornecedores, qualidade e outras condições relevantes e consumidores dos serviços de saúde privada.

O direito da concorrência produz efeitos essencialmente a liberdade de escolha do consumidor. Esta ideia traz em si dois significados: condições que assegurem a possibilidade de escolher. Ou seja, que existam concorrentes no mercado, oferecendo produtos e/ou serviços em condições que sejam reconhecidas vantajosas, e passíveis de contratação pelo consumidor.

contratos de exclusividade ou de exclusividade do consumidor, de índole pós-positivista, a busca pelo pleno emprego da livre iniciativa, bem assim, a dimensão democrática de Direito (CF, artigo 1.º, III, justa e solidária (CF, artigo 3.º, I); associação (artigo 8.º, da CF). Retomando, o direito pleiteado pela resolução 196, na medida em que a exclusividade é vedada à cooperativa. 6. Destarte, a liberdade de escolha, notadamente quando em desprovido" (STJ, REsp 768.118/RS, no mesmo sentido: "Violação do artigo 20, I, II e IV, do artigo 21, I e II, do artigo 20, I, II e IV; do artigo 21, I e II. Infrações ao princípio da livre concorrência pela Constituição Federal de 1988, ao tratar a observância do princípio da livre iniciativa de pedir remota nas lides relativas à cooperativa é diversa da causa de pedir em caso, percebe-se a proteção de direito ou interesse difuso. Portanto, o direito ou interesse individual. 4. O presente recurso não se aplica a exigência de se tratar de agente de comércio ou profissional, inciso III do artigo 18 da Lei 9.656/98, cuja finalidade é evitar a livre concorrência encontraria óbice nas normas jurídicas da Lei 8.884/94. Portanto, violados pelo presente artigo de exclusividade não fosse vedada a cláusula contratual, somente a aquisição com a criação da Ação Civil Pública com o fortalecimento do Ministério Público com a revogação do Código Civil e Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário" (REsp 72.603/RS, 2.ª T., j. 04.03.2010, rel. Min. Humberto Martins).

de escolha do consumidor, especialmente no âmbito contratual ou da restrição à possibilidade de escolha do consumidor. Tais circunstâncias impactam diretamente no preço, nos custos dos contratos a serem celebrados entre os fornecedores e consumidores dos serviços de saúde privada.

O direito da concorrência produz efeitos essencialmente a liberdade de escolha do consumidor. Esta ideia traz em si dois significados: condições que assegurem a possibilidade de escolher. Ou seja, que existam concorrentes no mercado, oferecendo produtos e/ou serviços em condições que sejam reconhecidas vantajosas, e passíveis de contratação pelo consumidor.

trição à atividade profissional". 4. Deveras, a Constituição estabelece como fundamentos da livre concorrência, a defesa do consumidor (artigo 170, IV, V e VIII da CF), os valores sociais do trabalho e da pessoa humana, como fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigos III e IV), com vistas na construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3.º, I); associação (artigo 8.º, da CF). Retomando, o direito pleiteado pela resolução 196, na medida em que a exclusividade é vedada à cooperativa. 6. Destarte, a liberdade de escolha, notadamente quando em desprovido" (STJ, REsp 768.118/RS, no mesmo sentido: "Violação do artigo 20, I, II e IV, do artigo 21, I e II, do artigo 20, I, II e IV; do artigo 21, I e II. Infrações ao princípio da livre concorrência pela Constituição Federal de 1988, ao tratar a observância do princípio da livre iniciativa de pedir remota nas lides relativas à cooperativa é diversa da causa de pedir em caso, percebe-se a proteção de direito ou interesse difuso. Portanto, o direito ou interesse individual. 4. O presente recurso não se aplica a exigência de se tratar de agente de comércio ou profissional, inciso III do artigo 18 da Lei 9.656/98, cuja finalidade é evitar a livre concorrência encontraria óbice nas normas jurídicas da Lei 8.884/94. Portanto, violados pelo presente artigo de exclusividade não fosse vedada a cláusula contratual, somente a aquisição com a criação da Ação Civil Pública com o fortalecimento do Ministério Público com a revogação do Código Civil e Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário" (REsp 72.603/RS, 2.ª T., j. 04.03.2010, rel. Min. Humberto Martins).

contudo, embora possa auxiliar a justificação da decisão,⁹⁸ não imuniza determinada conduta dos agentes econômicos, em relação à identificação de eventual lesão à livre concorrência. Trata-se aqui, mais uma vez se refere, de aferir o equilíbrio entre interesses atuais e futuros, ou entre interesses individuais e coletivos.

Da mesma forma, tais interesses dos consumidores devem ser considerados em sua totalidade. Isso significa que a indicação de uma vantagem específica ao consumidor não serve para legitimar determinada conduta do agente econômico, se dela percebe-se outras repercussões que resultam na anulação da vantagem tópica identificada, dando causa a lesão evidente a interesses do consumidor. Para exemplificar, o caso em que eventual redução de preços implique na redução de qualidade com o comprometimento da utilidade do produto; ou como na situação já mencionada, em que eventual redução de preço ao consumidor tenha por finalidade ou resultado a eliminação da concorrência.

3.2.4.1 Bem-estar do consumidor no direito da concorrência

O critério desenvolvido pelo direito da concorrência para colocar em destaque a consideração do interesse do consumidor na interpretação e aplicação das normas concorrenciais é o de bem estar do consumidor (*Consumer welfare*). Compreende a ideia de que a maior eficiência do mercado só pode ser identificada quando exista a distribuição dos benefícios desta eficiência aos consumidores em geral, seja sob a forma de custos e preços menores de produtos ou serviços, seja pela melhoria da qualidade dos produtos. Entretanto é preciso observar que a definição

98. Como se percebe neste precedente do STJ relativo à oferta de medicamentos por farmácia ligada à cooperativa médica: "Agravio regimental em recurso especial. Administrativo e processual civil. Recurso especial. Violação do artigo 535, II, do CPC. Inocorrência. Farmácia vinculada a plano de saúde. Cooperativa sem fins lucrativos. Possibilidade. Inaplicabilidade, *in casu*, do artigo 16, g, do Decreto 20.931/32. Concorrência desleal. Inexistência. 1. O artigo 16, g, do Decreto 20.931/32, que veda aos médicos 'fazer parte, quando exerça a clínica de empresa que explore a indústria farmacêutica ou seu comércio', não se aplica às farmácias que não ostentem finalidade comercial, posto instituídas por cooperativas, e que visem apenas atender aos seus médicos cooperados e usuários conveniados, vendendo remédios a preço de custo. Essa exegese que implica no acesso aos instrumentos viabilizadores do direito à saúde, atende aos fins sociais a que a lei se destina. 2. É assente na Corte que 'inexiste concorrência desleal com farmácias em geral e farmacêuticos se uma cooperativa médica, sem fins lucrativos, presta assistência aos segurados de seu plano de saúde, quando respeitados os Códigos de Ética Médica e de Defesa do Consumidor' (REsp 611.318/GO, rel. Min. José Delgado). Isto porque 'a manutenção de farmácia por cooperativa médica não encontra proibição no artigo 16, 'g', do Decreto 20.931/1932, ainda mais se a instituição atende, tão somente, a seus cooperados e usuários conveniados, com a venda de medicamentos a preço de custo' (Precedentes: REsp 608.667/RS, rel. Min. Francisco Falcão, DJ 25.04.2005; REsp 610.634/GO, deste Relator, DJ de 25.10.2004; e REsp 611.318/GO, rel. Min. José Delgado, DJ 26.04.2004) 3. Deveras, a Cooperativa não se encaixa no conceito de empresa, que por força da Lei específica que lhe veda atos de mercancia (Lei 5.764/71), quer pelo fato de adstringir seus destinatários. 4. Destarte, a sua presença implica em que outros segmentos, para atender a suposta concorrência 'legal', viabilizem o acesso da população aos remédios necessários, a preços admissíveis com o que se protege, no seu mais amplo sentido, a 'vida digna', eleita como um dos fundamentos da República. 5. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC, tanto mais que, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 6. Agravio Regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1016213/SP, 1.ª T., j. 09.06.2009, rel. Min. Luiz Fux, DJe 05.08.2009).

exata do conceito não é isento de grandes divergências, especialmente em face do uso indiscriminado da ideia de bem estar do consumidor para justificar a regularidade ou não das condutas dos agentes econômicos sob a égide do direito da concorrência.⁹⁹

Como já indicamos, o bem-estar do consumidor estará relacionado a vantagens obtidas em um destes três aspectos: a) melhores preços; b) melhor qualidade; c) maior diversidade de oferta. Todavia, diferentes visões do conceito de bem-estar do consumidor observam que a noção econômica de eficiência alocativa, pode em muitas situações melhorar os resultados do agente econômico, sem representar necessariamente em melhoria imediata para o consumidor. Resulta, entretanto, da necessidade de compatibilizar interesses dos consumidores com os interesses da sociedade.¹⁰⁰ Outros modelos sugeridos para a precisão desta noção de bem-estar do consumidor privilegiam a prevalência da liberdade de escolha,¹⁰¹ ou ainda, como o modelo oferecido por Evans, baseado na compatibilização de quatro fatores principais: a) escolha; b) transparência, c) inovação; e d) equidade.¹⁰²

É a compatibilização de interesses legítimos dos consumidores entre si e dos fornecedores e demais agentes econômicos que permite identificar *in concreto* o bem-estar do consumidor. O benefício imediato ao consumidor por dada conduta do agente econômico não significará necessariamente ausência de infração à ordem econômica, critério que deve ser observado tanto na aplicação das normas do CDC quanto da Lei de Defesa da Concorrência. Um exemplo interessante, neste sentido, é a prática de venda casada. O artigo 39, I, do CDC, considera prática abusiva, proibindo, portanto, a venda casada, consistente na conduta de “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”. O artigo 36, XVIII, da Lei 12.529/2011, de sua vez, classifica como infração à ordem econômica “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”. Note-se que nas duas normas não se cogita de benefício ao consumidor individualmente considerado. A única regra de autorização que admitirá a venda casada se dá quando com justa causa subordine os termos da oferta a determinados limites quantitativos. Ao mesmo tempo, note-se que dizem respeito não apenas à oferta em si de um produto ou serviço, mas também às condições desta oferta.

É nestes termos, aliás, que decidiu o STJ, em precedente de que foi relator o Min. Herman Benjamin, relativo ao caso em que o fornecedor condicionava a oferta de modo de pagamento a prazo de um produto (no caso, gasolina), à aquisição de outro produto (refrigerantes). Referiu o voto-condutor que “a norma é clara: há ilegalidade quando o fornecimento de produto ou serviço é condicionado à aquisição, pelo consumidor, de outro bem ou de injustificados limites quantitativos. Na primeira situação, a prática abusiva se configura pela falta de pertinência (ou necessidade natural) na venda conjunta dos produtos ou serviços, ou seja, pela exigência, qualquer que seja o motivo, de aquisição combinada de bens de consumo que, como regra, são oferecidos ou fornecidos separadamente. Na hipótese dos autos, a premissa fática

99. MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 11, p. 67. São Paulo: RT, janeiro/2004.

100. MACCULLOCH, Angus. The consumer and competition law. In: HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas; KRAFT, David. *Handbook of research on international consumer law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010. p. 84.

101. *Idem*, p. 87.

102. *Idem*, p. 88.

do acórdão recorrido evidencia que, para fins de pagamento a prazo, a compra do produto objetivado pelo consumidor (gasolina) estava condicionada à aquisição de outro completamente distinto (refrigerantes), o que configura inequívoca prática abusiva, na modalidade de venda casada. A dilação do prazo para pagamento, embora seja uma liberalidade do fornecedor – assim como o é a própria colocação no comércio de determinado produto ou serviço –, não o exime de observar as normas legais que visam a coibir os abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos na sociedade de consumo e da reconhecida vulnerabilidade do consumidor (...). Ademais, impende anotar que apenas na segunda hipótese do artigo 39, I, do CDC, referente aos limites quantitativos, está ressalvada a possibilidade de exclusão da prática abusiva por justa causa. Não se admite justificativa, portanto, para a imposição de outros produtos ou serviços que estejam à margem da vontade real do consumidor. Em outras palavras, a venda (ou melhor, fornecimento) casada é avessa à justa causa; dito de outra forma, é prática inexoravelmente abusiva, por mais que se busquem pretextos criativos para legitimá-la. Assim, o fato de a venda casada ser imposta apenas para pagamento a prazo não descaracteriza a prática abusiva, permanecendo o indevido condicionamento à aquisição do produto objetivado pelo consumidor.”¹⁰³

No tocante ao exame dos atos de concentração, a regra é de que são proibidos aqueles que “impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (artigo 88, § 5.º, da Lei 12.529/2011). Todavia, o § 6.º do mesmo artigo prevê que poderão ser autorizados “desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.” Ou seja, nos atos de concentração econômica, sua aprovação é condicionada por lei, quando importem em comprometimento à livre concorrência, necessariamente ao repasse para os consumidores de parte relevante dos

103. “Consumidor. Pagamento a prazo vinculado à aquisição de outro produto. ‘Venda casada’. Prática abusiva configurada. 1. O Tribunal a quo manteve a concessão de segurança para anular auto de infração consubstanciado no artigo 39, I, do CDC, ao fundamento de que a impetrante apenas vinculou o pagamento a prazo da gasolina por ela comercializada à aquisição de refrigerantes, o que não ocorreria se tivesse sido paga à vista. 2. O artigo 39, I, do CDC, inclui no rol das práticas abusivas a popularmente denominada ‘venda casada’, ao estabelecer que é vedado ao fornecedor ‘condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos’. 3. Na primeira situação descrita nesse dispositivo, a ilegalidade se configura pela vinculação de produtos e serviços de natureza distinta e usualmente comercializados em separado, tal como ocorrido na hipótese dos autos. 4. A dilação de prazo para pagamento, embora seja uma liberalidade do fornecedor – assim como o é a própria colocação no comércio de determinado produto ou serviço –, não o exime de observar normas legais que visam a coibir abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos na sociedade de consumo e da vulnerabilidade do consumidor. 5. Tais normas de controle e saneamento do mercado, ao contrário de restringirem o princípio da liberdade contratual, o aperfeiçoam, tendo em vista que buscam assegurar a vontade real daquele que é estimulado a contratar. 6. Apenas na segunda hipótese do artigo 39, I, do CDC, referente aos limites quantitativos, está ressalvada a possibilidade de exclusão da prática abusiva por justa causa, não se admitindo justificativa, portanto, para a imposição de produtos ou serviços que não os precisamente almejados pelo consumidor. 7. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 384.284/RS, 2.ª T., j. 20.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 15.12.2009).

benefícios que deles se originem.¹⁰⁴ Desse modo, note-se que o bem estar do consumidor é pressuposto para autorização dos atos de concentração econômica, justificando, inclusive, eventual restrição à livre concorrência.

3.2.4.2 Modos de atuação

A influência do direito do consumidor sobre o direito da concorrência assume relevância crescente. Neste sentido, o consumidor revela-se, como aponta Angus MacCulloch a partir da experiência norte-americana, em um *ator institucional* com grande repercussão, seja por intermédio de reclamações acerca dos efeitos das condutas anticoncorrenciais sobre o mercado, de ações judiciais individuais ou de ações coletivas.¹⁰⁵ Na experiência brasileira é preciso dizer que ainda não se observa esta presença institucional dos órgãos ou entidades de defesa do consumidor junto aos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ocorre, na prática, ao menos no que se refere à atuação administrativa, especialmente por intermédio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE –, que eventuais representações ou denúncias de condutas anticoncorrenciais, bem como o interesse no exame dos atos de concentração econômica são provocados, em regra, por outros agentes econômicos concorrentes, e eventualmente pelo Ministério Público. No âmbito judicial, especialmente no que se refere à repressão das infrações da ordem econômica, o protagonismo pertence ao Ministério Público, inclusive porque concentra as competências para a defesa do consumidor e da livre concorrência, bem como é titular da ação penal relativa aos crimes que eventualmente se verifiquem nessa matéria.

É certo, todavia, no tocante às condutas dos fornecedores que se revelam ao mesmo tempo passíveis de serem qualificadas como infração aos direitos dos consumidores e à ordem econômica, atuam ambos os órgãos de defesa do consumidor e de defesa da concorrência, fiscalizando e aplicando as respectivas sanções, no âmbito de suas competências. Por se tratar de uma mesma situação fática, não significa que possa o fornecedor eximir-se de qualquer uma das sanções alegando a proibição do *bis in idem*, ou seja, de que estaria sendo punido duas vezes pela mesma infração. Como explica corretamente Roberto Pfeiffer, “a configuração de *bis in idem* exige a identidade de partes, fato e fundamento. Nesse contexto, é possível que uma mesma conduta seja capitulada como infração contra a ordem econômica e como prática abusiva, caso os pressupostos específicos de cada uma estiverem presentes, sem incidir em *bis in idem*, pois são distintas as esferas jurídicas tuteladas, havendo assim diversidade de fundamentos para lastrear a tipificação.”¹⁰⁶

Observe-se, contudo, que o exame das relações entre o direito do consumidor e o direito da concorrência encontra-se, ainda, na experiência brasileira, em estágio bastante incipiente.

3.2.5 Direito do consumidor e defesa do meio ambiente

A defesa do consumidor e do meio ambiente inserem-se em um mesmo contexto histórico, ambos são representativos do que se reconhece como *novos direitos*. Têm em comum, por-

104. Para o exame da proteção do interesse do consumidor como critério no exame dos atos de concentração sob o regime da revogada Lei 8.884/94, veja-se: VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. *Revista de direito do consumidor*, v. 35, p. 219. São Paulo: RT, julho/2000.

105. MACCULLOCH, The consumer and competition law, p. 98-103.

106. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 76, p. 131 et seq. São Paulo: RT, outubro/2010.

tanto, o reconhecimento de novos interesses juridicamente relevantes, a serem protegidos mediante atuação estatal, tanto legislativa, quanto executiva. Da mesma forma, possuem uma dimensão coletiva, em que se encontram cada vez mais próximos, de modo que em muitas situações incidem ao mesmo tempo as normas de proteção ao consumidor e ao ambiente.

A preservação do meio ambiente é um dos desafios do direito contemporâneo. Redimensionou o modo de exame do próprio Direito, impondo a produção, aplicação e efetividade das normas em geral a um novo paradigma ambiental.¹⁰⁷ O meio ambiente passou a ser objeto de proteção jurídica nos diversos sistemas jurídicos do mundo a partir da década de 1970.¹⁰⁸ No Brasil, a proteção legal teve como marco a Lei 6.938/1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, porém teve sua consagração com a promulgação da Constituição de 1988, que em seu artigo 225, *caput*, estabeleceu: "Artigo 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Eis aqui, inclusive, um dos aspectos de mais difícil interpretação *in concreto*, que é o equilíbrio do interesse entre as presentes e futuras gerações, ou seja, entre interesses atuais e futuros, seja no âmbito do direito ambiental, seja no direito do consumidor. Segundo Émile Gaillard, esta tensão possível entre interesses reforçaria a importância do papel do Ministério Público na proteção das futuras gerações.¹⁰⁹

A degradação ambiental pode prejudicar ou comprometer o consumo humano de determinados bens (p. ex. a poluição das águas, o uso de agrotóxicos e seus efeitos sobre produtos agrícolas, fauna e flora). Porém não se desconhece também situações em que é o consumo humano a causa de degradação,¹¹⁰ e a necessidade de ter-se em conta na regulação jurídica da produção e do consumo, também o tratamento ou prevenção de danos ao ambiente. Na Lei 6.938/81, a própria definição legal de poluição compreende claro vínculo com o interesse direito do consumidor ao referi-la como: "a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas (...)" (artigo 3.º, III, alíneas "a" e "b").

As normas de proteção do consumidor relacionam-se imediatamente com a proteção do meio ambiente quando consagram, dentre outros: a) o direito básico à vida, saúde e segurança contra riscos de produtos perigosos e nocivos (artigo 6.º, I, do CDC); b) a efetiva prevenção de danos (artigo 6.º, VI, do CDC); c) a proibição expressa ao fornecedor que coloque no mercado de consumo, produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança (artigo 10 do CDC); d) a proibição da publicidade que desrespeita valores ambientais, porque abusiva (artigo 37, § 2.º); e) a qualificação como prática abusiva, e conseqüente proibição, da colocação no mercado de consumo de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial

107. LORENZETTI, *Teoria da decisão judicial*, p. 341.

108. BENJAMIN, Antonio Herman V. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, v. 14, p. 48. São Paulo: RT, abril/1999.

109. GAILLARD, *Généralisations futures et droit privé*, p. 518.

110. MONTEIRO, António Pinto. O papel dos consumidores na política ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, v. 11, p. 69. São Paulo: RT, julho/1998.

(Conmetro); e f) a definição como abusiva da cláusula contratual que infrinja ou possibilite a violação de normas ambientais.

Por outro lado, direitos característicos da tutela do consumidor, como é o caso do direito à informação ou à liberdade de escolha do consumidor, admitem aplicação sob a perspectiva da promoção do consumo sustentável. Trata-se da informação ambiental, que parte da premissa da necessidade de esforço comum no âmbito do mercado e da sociedade em geral, para conscientização e esclarecimento sobre a importância da preservação ambiental. No tocante às relações de consumo, este processo encontra na informação que o fornecedor repassa ao consumidor por intermédio dos variados meios de divulgação de produtos e serviços – tais como, materiais publicitários, embalagem e rótulos – um instrumento decisivo. Neste caso, há tríplice finalidade: informações sobre aspectos ambientais ligados tanto ao processo de produção/execução de produto ou serviço, quanto efeitos do seu consumo, ou de consequências dos resíduos de seu consumo sobre o meio ambiente, e o modo adequado de mitigar/prevenir eventuais efeitos danosos, podem integrar o dever de informar, visando: a) auxiliar na decisão dos consumidores sobre o produto ou serviço a ser adquirido, fomentando, inclusive, uma saudável *concorrência ambiental* entre diferentes fornecedores; b) esclarecer os consumidores sobre o consumo ambientalmente menos danoso ao meio ambiente; c) informar sobre condutas a serem adotadas após o consumo, em especial no tratamento dos respectivos resíduos.¹¹¹ De se anotar, contudo, em especial com relação à divulgação de informações sobre o atendimento a normas ambientais, ou adoção de práticas ecologicamente corretas por fornecedores, o risco de promover-se espécie de maquiagem ambiental (*greenwashing*), hipótese em que há divulgação de informações não corresponde à conduta efetivamente adotada pelo agente econômico.¹¹² Conforme o caso, será hipótese de infração ao art. 31, e mesmo, a caracterização de publicidade enganosa, nos termos do art. 37, § 1.º, do CDC.

Desde a perspectiva de ordenação do mercado de consumo, assim, são de grande relevância as iniciativas que ao impor deveres aos fornecedores, também atuem na promoção de comportamentos ambientalmente adequados. É o caso da diferenciação de produtos e serviços em face de processos produtivos ambientalmente adequados e certificados por selos ambientais,¹¹³ ou mesmo o dever de informar do fornecedor em relação a produtos que ofereçam riscos, mesmo que desconhecidos, simultaneamente ao consumidor e ao meio ambiente.¹¹⁴

Uma das questões que aproximam na prática a proteção dos consumidores e do meio ambiente é a adequada compreensão e aplicação do princípio da precaução. Foi consagrado na Declaração de princípios da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992 que, em seu item 15, dispôs: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com as suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a

-
111. MIRAGEM, Bruno. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, n. 74, p. 229 e ss. Porto Alegre: AMPRS, jan.-abr. 2014.
112. LEMOS, Patrícia. Faga Iglecias et alli. Consumo sustentável. *Caderno de investigações científicas*, v. 3, p. 134 e ss. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
113. MANIET, Françoise. Os apelos ecológicos, os selos ambientais e a proteção dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 4, p. 7. São Paulo: RT, outubro/1992.
114. Como no caso da informação sobre a composição de, alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, previsto pelo Decreto 4.680/2003.

ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.¹¹⁵

Da mesma forma, conforme transcreve Paulo Afonso Leme Machado, o Relatório da Comissão Europeia sobre precaução, de 2000, busca a afirmação do princípio nos seguintes termos: “a invocação do princípio da precaução é uma decisão exercida quando a informação científica é insuficiente, não conclusiva ou incerta e haja indicação; de que os possíveis efeitos sobre o ambiente, a saúde das pessoas ou dos animais ou a proteção vegetal possam ser potencialmente perigosos e incompatíveis com o nível de proteção escolhido”.¹¹⁶ No direito brasileiro, a Lei 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), adota expressamente o princípio da precaução em relação a atividades que envolvam organismos geneticamente modificados (artigo 1.º).

Quanto às suas consequências no direito ambiental, sintetiza Benjamin, que “o princípio da precaução inaugura uma nova fase para o próprio Direito Ambiental. Nela já não cabe aos titulares de direitos ambientais provar efeitos negativos (= ofensividade) de empreendimentos levados à apreciação do Poder Público ou do Poder Judiciário (...), impõe-se aos degradadores potenciais o ônus de corroborar a inofensividade de sua atividade proposta, principalmente naqueles casos onde eventual dano possa ser irreversível, de difícil reversibilidade ou de larga escala”.¹¹⁷ Embora não previsto expressamente no CDC, é possível identificar o princípio da precaução como fundamento do dever de abstenção do fornecedor, estabelecido em seu artigo 10: “O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.” E articula-se com o princípio da prevenção, como se percebe do seu § 1.º, ao referir que “O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”.¹¹⁸

115. Antes de sua consagração na Declaração do Rio de Janeiro, o princípio da precaução é reconhecido pela primeira vez, no Ato de Poluição do Ar, de 1974, e em seguida, dentre outras, na Carta Mundial da Natureza, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1982, na Convenção de Viena de 1985, para proteção da camada de ozônio, na Declaração Ministerial da Segunda Conferência do Mar do Norte, de 1987, na Conferência Internacional do Conselho Nórdico sobre Poluição dos Mares, de 1989, e na Convenção de Bamako, de 1991, relativa à interdição de importação de lixo perigosos e controle da sua movimentação transfronteiriça na África.

116. MACHADO, Paulo Afonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Revista dos Tribunais*, v. 856, p. 35 et seq. São Paulo: RT, fev./2007.

117. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, v. 9, p. 5 et seq. São Paulo: RT, jan./1998.

118. Neste sentido, veja-se a decisão do STJ no REsp 866.636/SP, acerca da responsabilidade de laboratório farmacêutico pela colocação de anticoncepcional placebo ineficaz no mercado. Tendo tomado conhecimento do defeito do produto introduzido no mercado, segundo bem sintetiza o voto condutor da relatora, Min. Nancy Andrighi, “a empresa fornecedora descumpra o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema. Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensa dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco” (STJ, REsp 866.636/SP, 3.ª T., j. 29.11.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 06.12.2007).

3.2.5.1 Desenvolvimento sustentável e qualidade de produtos e serviços

Como consequência das preocupações com o impacto ambiental da atividade econômica e sua capacidade de poluição do meio ambiente, inclusive por intermédio do aumento do consumo de bens oferecidos no mercado, passaram a surgir iniciativas com o objetivo de controlar, também, os efeitos posteriores ao consumo. Neste sentido, surge um conjunto de iniciativas sociais espontâneas ou estimuladas, consistente na racionalização do uso de produtos e serviços diversos, designadas comumente sob a noção de 'consumo sustentável'. Todavia esta noção relaciona-se com outra, de desenvolvimento sustentável, mediante associação entre as várias teorias do desenvolvimento e os direitos humanos,¹¹⁹ e que vem observando crescente densidade jurídica.¹²⁰ No plano internacional a noção de desenvolvimento sustentável afirmou-se a partir de importantes documentos no âmbito das Nações Unidas, como é o caso do conhecido Relatório Brundtland, de 1987, elaborado pela Comissão Mundial do Meio Ambiente, e que associa o desenvolvimento sustentável ao atendimento de suas necessidades pelas gerações atuais, sem comprometer a mesma capacidade das gerações futuras.¹²¹ Para tanto, defende-se a necessidade de modernização estrutural do mercado visando à sustentabilidade ambiental.¹²²

Embora tenha iniciado como iniciativa fortemente marcada pela necessidade de compatibilizar a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, a partir especialmente, do documento Estratégia de Conservação Mundial, publicado pelo União Internacional para a Conservação da Natureza (IUCN), em 1980,¹²³ compreende-se atualmente mediante sua associação íntima com a proteção e promoção da qualidade de vida.¹²⁴ A proteção e promoção da qualidade de vida consta já da Declaração das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, de 1972, que refere: "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente (...)". No direito brasileiro, constitui interesse jurídico tutelado pelo artigo 225, da Constituição Federal ("sadia qualidade de vida"), de modo que o objeto do direito ambiental compreende a promoção do bem estar da população.

Dessa disciplina normativa resulta um vínculo indissociável entre o direito à sadia qualidade de vida e a proteção e promoção do bem-estar do consumidor. O direito à saúde e à vida do consumidor compreende a manutenção e promoção de sua qualidade de vida, o que, por conseguinte, depende em boa medida da preservação do meio ambiente.

Daí porque, no direito do consumidor, o reconhecimento de um dever de qualidade de produtos e serviços imposto aos fornecedores que o introduzem no mercado de consumo compreende não apenas sua adequação aos fins que legitimamente se espera, ou que não causem danos à integridade psicofísica dos consumidores. O padrão de qualidade de produtos e serviços

119. SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 261.

120. Veja-se: DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 36 et seq.

121. Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: FGV, 1987.

122. NOBRE, Marcos. *Desenvolvimento sustentável: origens e significado atual*. In: NOBRE, Marcos. AMAZONAS, Maurício de Carvalho. *Desenvolvimento sustentável. A institucionalização de um conceito*. Brasília: Edições Ibama, 2002. p. 71 et seq.

123. REDCLIFT, Michael. *Sustainable development*. Londres: Methuen, 1987. p. 33.

124. PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Éditions Dalloz, 2004. p. 4.

deve também compreender o atendimento a normas ambientais, assim entendidas aquelas que impõe deveres em relação à preservação ambiental.

Não se desconhece que a atividade econômica implica, *per se*, impacto ambiental.¹²⁵ Nem é possível pretender que por intermédio do direito se pretenda assegurar a oferta de produtos e serviços eliminando-se as consequências ambientais decorrente de sua produção e, mesmo, do consumo. Contudo, deve-se reconhecer como integrante da noção de qualidade de produtos e serviços o atendimento a normas ambientais que buscam controlar ou minimizar este impacto. Esta compreensão tem como fundamento técnico-jurídico a interpretação extensiva do dever de segurança imposto ao fornecedor de produtos e serviços, e da noção de risco de danos dele decorrentes, de modo a abranger não apenas os consumidores individualmente considerados, mas a coletividade. E, sucessivamente, não apenas os consumidores atuais, mas igualmente, as gerações futuras.

Esta interpretação deve ser feita, contudo, com prudência e razoabilidade, ponderando duas premissas essenciais: a) de que toda a atividade econômica produz impacto ambiental; e b) que cabe ao direito estabelecer limites consentâneos com a realidade fática e a situação da ciência e da técnica no estágio histórico a que se refere, para minimizar este impacto; assim como definir as sanções a que se submetem os agentes econômicos que desprezem tais limites.

3.2.5.2 A denominada "responsabilidade pós-consumo"

Dessa associação entre a regulação do consumo e a proteção do consumidor e do meio ambiente, observa-se intensa atividade legislativa visando abranger outros aspectos não contemplados originalmente na disciplina jurídica das relações de consumo. É o caso do que se convencionou denominar "responsabilidade pós-consumo". Tecnicamente não é de responsabilidade que se trata, mas da imposição de deveres jurídicos originários que pressupõem a existência de uma relação de consumo anterior. Deveres que têm por finalidade disciplinar especialmente a destinação dos resíduos de produtos e serviços após o esgotamento de sua fruição pelo consumidor.

A imposição destes deveres relativos à destinação de resíduos, naturalmente, implica custos adicionais, que segundo o critério adotado pelo direito brasileiro, devem ser assumidos pelos fornecedores, uma vez que serão redistribuídos por estes por intermédio do sistema de fixação de preços.

A legislação brasileira vem contemplando já há alguns anos, a imposição de deveres específicos aos agentes econômicos com relação à destinação e tratamento de resíduos sólidos. Cite-se, exemplificativamente, as resoluções expedidas pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama –, tais como: a Resolução 5/1993, que dispôs sobre o gerenciamento de resíduos sólidos gerados nos portos, aeroportos, terminais ferroviários e rodoviários; a Resolução 23/1996 sobre o controle do movimento transfronteiriço de resíduos perigosos; a Resolução 273/2000 que dispôs sobre a prevenção e controle da poluição em postos de combustíveis, determinando o recolhimento e disposição adequada de óleo lubrificante usado; a Resolução 307/2002 que estabeleceu diretrizes, critérios e procedimentos para a gestão dos resíduos da construção civil; a Resolução 313/2002, sobre o Inventário Nacional de Resíduos Sólidos Industriais; a Resolução 358/2005, sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços de saúde; a Resolução 401/2008, que disciplina o recolhimento e destinação final de pilhas e baterias; e a Resolu-

125. MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2005. p. 72.

ção 416/2009 que dispõe sobre acerca da prevenção à degradação ambiental causada por pneus inservíveis e sua destinação ambientalmente adequada.

Recentemente foi editada a Lei 12.305/2010, que dispõe sobre a Política Nacional de Resíduos Sólidos, a qual disciplinou uma ordem de prioridade na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, a saber, “não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos” (artigo 9.º).¹²⁶ A referida lei estabeleceu a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, “a ser implementada de forma individualizada e encadeada, abrangendo os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos” (artigo 30). Da mesma forma, estabelece seu artigo 31: “Sem prejuízo das obrigações estabelecidas no plano de gerenciamento de resíduos sólidos e com vistas a fortalecer a responsabilidade compartilhada e seus objetivos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes têm responsabilidade que abrange: I – investimento no desenvolvimento, na fabricação e na colocação no mercado de produtos: a) que sejam aptos, após o uso pelo consumidor, à reutilização, à reciclagem ou a outra forma de destinação ambientalmente adequada; b) cuja fabricação e uso gerem a menor quantidade de resíduos sólidos possível; II – divulgação de informações relativas às formas de evitar, reciclar e eliminar os resíduos sólidos associados a seus respectivos produtos; III – recolhimento dos produtos e dos resíduos remanescentes após o uso, assim como sua subsequente destinação final ambientalmente adequada, no caso de produtos objeto de sistema de logística reversa na forma do artigo 33; IV – compromisso de, quando firmados acordos ou termos de compromisso com o Município, participar das ações previstas no plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, no caso de produtos ainda não incluídos no sistema de logística reversa.”

Esta imposição de deveres a fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, de um lado dá causa a novos custos que deverão ser incorporados aos preços dos produtos. Por outro lado, implica uma alteração no tocante à destinação dos resíduos decorrentes do consumo, mediante a imposição de dever de recolhimento mediante logística reversa, de produtos indicados no artigo 33 da mesma lei. Observe-se, conforme refere Ferri, que “pela sistemática da logística reversa, os produtos consumidos e posteriormente descartados retornarão às cadeias e canais reversos (pós-venda e pós-consumo) para destinação final adequada.”¹²⁷ Estabelece o artigo 33 da Lei 12.305/2010: “Artigo 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de: I – agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas; II – pilhas e baterias; III – pneus; IV – óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; V – lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; VI – produtos eletroeletrônicos e seus componentes.” Da mesma forma, prevê que, considerando a viabilidade técnica e econômica da logística reversa (artigo 33, § 2.º), nos termos do regulamento, acordos setoriais e termos

126. Sobre o tema, veja-se: LEMOS, Patrícia Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: RT, 2011.

127. FERRI, Giovanni. O princípio do desenvolvimento sustentável e a logística reversa na política nacional de resíduos sólidos (Lei 12.305/2010). *Revista dos Tribunais*, v. 912, p. 95. São Paulo: RT, outubro/2011.

de compromisso firmados entre o Poder Público e os fornecedores, serão estendidos a produtos comercializados em embalagens plásticas, metálicas ou de vidro, e a outros produtos e embalagens, considerando, prioritariamente, o grau e a extensão do impacto à saúde pública e ao meio ambiente dos resíduos gerados (artigo 33, § 1.º). De acordo com o disposto no Decreto 7.404/2010, consistem os acordos setoriais em "atos de natureza contratual, firmados entre o Poder Público e os fabricantes, importadores, distribuidores ou comerciantes, visando à implantação da responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida do produto" (artigo 19 do Decreto). O termo de compromisso é cabível nas hipóteses em que não houver, na mesma área de abrangência, acordo setorial ou regulamento específico, bem como para o estabelecimento de compromissos e metas mais exigentes que o previsto em acordo setorial ou regulamento vigentes (artigo 32, I e II, do Decreto 7.404/2010). Porém terão eficácia apenas após homologado pelo órgão ambiental competente (artigo 32, parágrafo único, do Decreto 7.404/2010).

Dentre as medidas previstas na lei, e que poderão ser adotadas pelos fornecedores, estão a implantação de procedimentos de compra de produtos ou embalagens usados; tornar disponíveis postos de entrega de resíduos reutilizáveis e recicláveis; e parcerias com cooperativas e outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis (artigo 33, § 3.º). Estabelece, entretanto, um processo para a devolução dos resíduos, impondo aos consumidores o dever de devolvê-los aos comerciantes ou distribuidores, e estes aos fabricantes ou importadoras a quem cabe dar a destinação ambientalmente adequada de acordo com as normas do Conselho Nacional do Meio Ambiente ou e, se houver, do plano municipal de gestão dos resíduos sólidos (artigo 33, §§ 4.º a 6.º).

O artigo 42 da Lei 12.305/2010, igualmente, prevê a possibilidade de adoção de certos instrumentos econômicos de estímulo à implementação de práticas de tratamento adequado de resíduos sólidos, dentre os quais: "I – prevenção e redução da geração de resíduos sólidos no processo produtivo; II – desenvolvimento de produtos com menores impactos à saúde humana e à qualidade ambiental em seu ciclo de vida; III – implantação de infraestrutura física e aquisição de equipamentos para cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis formadas por pessoas físicas de baixa renda; (...) V – estruturação de sistemas de coleta seletiva e de logística reversa; (...) VII – desenvolvimento de pesquisas voltadas para tecnologias limpas aplicáveis aos resíduos sólidos; VIII – desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial voltados para a melhoria dos processos produtivos e ao reaproveitamento dos resíduos." O Decreto 7.404/2010, de sua vez, previu ainda outras medidas com impacto direto nas relações de consumo, dentre as quais a concessão de incentivos fiscais, financeiros e econômicos, subvenções econômicas e o pagamento por serviços ambientais.

A efetiva implantação deste sistema de tratamento de resíduos decorrentes do consumo, todavia, dependerá da atuação do Estado na execução da política prevista em lei, assim como o controle e fiscalização do atendimento aos seus preceitos. Assim como o cumprimento pelos fornecedores dos deveres que lhe cabem, especialmente no tocante à implementação dos processos de logística reversa, e da educação e estímulo aos consumidores para que atendam ao seu dever de colaboração com tais iniciativas.

3.3 O DIREITO DO CONSUMIDOR E A DISCIPLINA JURÍDICA DA INTERNET

O desenvolvimento da internet deu causa à possibilidade de oferta de produtos e serviços por meios informáticos, ampliando a capacidade de negócios para os fornecedores e facilitando sua aquisição pelos consumidores. Por outro lado, a internet também se configura em um im-

portante meio de difusão da informação e de exercício da liberdade de expressão. Contribui para seu impacto sobre o direito o fato de que a internet rompe com fronteiras (desterritorialização), reformula o modo e os instrumentos de contratação (desmaterialização) e torna ainda mais complexa a identificação dos agentes econômicos, agora apresentados apenas sob a forma de *websites* e/ou *home pages* (despersonalização). Tais características reforçam a vulnerabilidade do consumidor frente à oferta de produtos e serviços pela internet.¹²⁸

Sua disciplina jurídica, contudo, necessita acompanhar o rápido desenvolvimento tecnológico que lhe caracteriza, que deu causa, nos últimos vinte anos, a uma série de iniciativas legislativas sem êxito. Por outro lado, a jurisprudência, chamada a disciplinar situações de responsabilidade por danos aos usuários ou a terceiros, entendeu, desde o primeiro momento, pela incidência do CDC às relações estabelecidas pela internet, por reconhecê-las como essencialmente econômicas, de modo que a organização e prestação de serviços pelos provedores de internet, se estabelecem com claro objetivo de vantagem econômica.

Recentemente, contudo, foi aprovada lei que disciplina alguns aspectos da internet no Brasil. O caráter desterritorializado da internet, em grande medida, desafia a atividade legislativa tradicional, baseada na aplicação territorial da norma legal. Todavia, é inegável a necessidade de disciplina das relações estabelecidas pela internet, prescrevendo padrões de conduta, direitos e obrigações das partes envolvidas, consideradas as características do meio. Daí porque a Lei 12.965/2014, mencionada amplamente, com certo apelo de propaganda, como Marco Civil da Internet, ao definir “princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil”.

Segundo o artigo 4.º da Lei 12.965/2014, são objetivos do uso da internet no Brasil: I – promover o direito de acesso à internet a todos; II – promover o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; III – promover a inovação e fomentar a ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e IV – promover a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados. Da relação de objetivos mencionados, vários relacionam-se diretamente com o direito do consumidor. Neste sentido o acesso à internet, como espécie de acesso ao consumo. Assim como a garantia de interoperabilidade entre aplicações e bases de dados, de modo a assegurar ao consumidor proteção em relação a restrições de acesso, discriminação indevida ou estímulo ao hiperconsumo de equipamentos e soluções tecnológicas.

O acesso à internet é um serviço, e como tal deve ser compreendido. E a partir do acesso, por intermédio das respectivas *home pages* e/ou *websites*, viabiliza-se a oferta e contratação variada de consumo. Daí a importância da Lei 12.965/2014 também sobre as relações de consumo, conformando o exercício da livre iniciativa econômica dos fornecedores de produtos e serviços por este meio virtual.

Importante observar que a nova legislação inaugura nova terminologia normativa ao tratar dos prestadores de serviço na internet. Neste sentido, refere-se a provedor de conexão e provedor de aplicações de internet. Em relação ao provedor de conexão, trata-se do que até então, e com fundamento na Portaria 148/95 do Ministério das Comunicações, denominava-se comumente de provedor de acesso, ou seja, aquele que viabiliza o acesso do usuário à rede mundial de computadores. Já o provedor de aplicações de internet, no sentido que lhe dá a Lei 12.965/2014, corresponde ao que a doutrina tradicionalmente vem denominando como pro-

128. MARQUES, Claudia Lima. Confiança no comércio eletrônico, *cit.*; CANTO, Rodrigo Eidelvein, Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 87. p. 179 e ss. São Paulo: RT, maio 2013.

vedor de conteúdo,¹²⁹ em vista da terminologia definida no anexo da Portaria 148/95 do Ministério das Comunicações, ou seja, o provedor que torna disponível conteúdo próprio ou de terceiros para acesso por interessados na internet.

3.3.1 Princípios da disciplina da internet no Brasil e os direitos do consumidor

Estabelece o artigo 3.º da Lei 12.965/2014, que constituem princípios da disciplina do uso da internet no Brasil: “I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II – proteção da privacidade; III – proteção dos dados pessoais, na forma da lei; IV – preservação e garantia da neutralidade de rede; V – preservação da estabilidade, segurança e funcionalidade da rede, por meio de medidas técnicas compatíveis com os padrões internacionais e pelo estímulo ao uso de boas práticas; VI – responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades, nos termos da lei; VII – preservação da natureza participativa da rede; VIII – liberdade dos modelos de negócios promovidos na internet, desde que não conflitem com os demais princípios estabelecidos nesta Lei.”

Convém observar, todavia, que o parágrafo único do artigo 3.º da Lei 12.965/2014, estabelece que os princípios previstos na lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico interno, ou em tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Neste sentido, consagra o denominado diálogo das fontes, técnica de interpretação e aplicação sistemática de distintas leis orientada a um mesmo fim, de promoção dos direitos fundamentais previstos pela Constituição.¹³⁰

No tocante às relações de consumo, é relevante considerar alguns aspectos dos princípios enunciados pela Lei 12.965/2014. Em primeiro lugar, ao assegurar a proteção de dados pessoais, reforça a regra de proteção já consagrada no artigo 43 do CDC, estendendo-a expressamente, também aos dados e informações de consumidores colhidos e organizados pela internet. Da mesma forma, ao assegurar a neutralidade da rede, promove a igualdade de acesso à rede, sem discriminações ilícitas. Isso define uma estratégia inclusiva do consumidor como usuário da rede, impedindo, a princípio, a imposição de obstáculos para acesso aos serviços da rede, ou sua excessiva onerosidade.

3.3.2 Direitos básicos do consumidor no acesso à internet

A Lei 12.965/2014 estabelece série de direitos subjetivos dos usuários de internet, dentre os quais se encontram os consumidores. O artigo 7.º da norma em questão relaciona dentre os direitos dos usuários de internet: “I – inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; II – inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei; III – inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial; IV – não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização; V – manutenção da qualidade contratada da conexão à internet; VI – informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre

129. Assim: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidente de consumo na Internet*. São Paulo: RT, 2008. p. 283 e ss.

130. Veja-se, sobre o tema: MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima (Org.) *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012, p. 67 e ss.

o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade; VII – não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei; VIII – informações claras e completas sobre coleta, uso, armazenamento, tratamento e proteção de seus dados pessoais, que somente poderão ser utilizados para finalidades que: a) justifiquem sua coleta; b) não sejam vedadas pela legislação; e c) estejam especificadas nos contratos de prestação de serviços ou em termos de uso de aplicações de internet; IX – consentimento expresso sobre coleta, uso, armazenamento e tratamento de dados pessoais, que deverá ocorrer de forma destacada das demais cláusulas contratuais; X – exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei; XI – publicidade e clareza de eventuais políticas de uso dos provedores de conexão à internet e de aplicações de internet; XII – acessibilidade, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, nos termos da lei; e XIII – aplicação das normas de proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo realizadas na internet”.

Do exame da relação de direitos enunciados pela norma, percebem-se dois eixos fundamentais: a *proteção da privacidade* do usuário da internet, e o *dever de informar* em relação aos aspectos jurídicos fundamentais do acesso à rede, coleta, armazenamento e uso de dados pessoais dos usuários. Tais direitos preenchem a noção de qualidade dos serviços, exigidos do fornecedor pelo CDC. A proteção dos dados pessoais dos consumidores-usuários de internet, em relação a sua coleta, armazenamento e utilização, em conformidade com a lei, integram o dever de segurança imposto aos fornecedores de serviços pela internet. Neste sentido, a violação das regras que disciplinam o uso destes dados, implica na configuração de defeito da prestação de serviço, gerando com isso, responsabilidade do fornecedor, nos termos do artigo 14 do CDC – responsabilidade por acidente de consumo.

Neste sentido, fica estabelecido um procedimento especial para a coleta, armazenamento e utilização de dados pessoais por intermédio da internet. Esta atividade será permitida apenas quando não proibida por lei, por intermédio de uma utilização que seja previamente informada ao usuário-consumidor, constando de modo especificado em contratos de prestação de serviços ou em termos de aplicação de uso, devendo ser redigidas de modo destacado das demais cláusulas – privilegia-se, assim, o dever de esclarecimento quanto ao conteúdo da permissão. Da mesma forma, assegura a exclusão definitiva dos dados pessoais, mediante requerimento do titular das informações quando do término da relação entre as partes, ressalvadas as informações cujo arquivo resulte de imposição legal. Neste sentido, por exemplo, nada impede que, para acessar determinado site, possa o usuário da internet, autorizar a utilização de arquivos *cookies*, que identificam o percurso histórico de acessos do usuário, requerendo quando cesse a utilização, a exclusão dos dados coletados. Na prática, obviamente, este requerimento posterior à cessação deverá ter mecanismos próprios para ser realizado, ou ao menos a indicação sobre o modo ou o endereço pelo qual o usuário poderá requerer esta providência.

3.3.3 *Proteção do usuário de internet e intervenção na autonomia contratual das partes*

O regime legal de proteção do usuário de internet é cogente, de ordem pública, sendo insuscetível de disposição pelas partes, uma vez que diz respeito ao exercício de direitos funda-

mentais à privacidade, à liberdade de expressão e ao direito à informação, bem assim nas situações que se caracterizem como relação de consumo, com a defesa do consumidor.

Neste sentido, o artigo 8.º, parágrafo único, da Lei 12.965/2014, estabelece a nulidade de pleno direito de cláusulas contratuais que violem tais direitos, assim como, relaciona, em caráter exemplificativo, algumas disposições vedadas em ajustes contratuais que tenham por objeto o acesso à internet. Dentre elas, destacam-se as que impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet, e as que em contrato de adesão, fixem foro do contrato sem que exista a alternativa de escolha do foro brasileiro, para solução de controvérsias sobre o serviço prestado no Brasil.

Da mesma forma, a consagração do princípio da neutralidade da rede, implica no dever de tratamento isonômico pelo prestador de serviços, de quaisquer pacotes de dados, “sem distinção por conteúdo, origem e destino, serviço, terminal ou aplicação” (artigo 9.º da Lei 12.965/2014). Admite-se, contudo, que eventual discriminação ou degradação de tráfego possa ser definida por regulamentação expedida por Decreto do Poder Executivo (artigo 9.º, § 1.º). Estas situações em que se admita a discriminação ou degradação do tráfego de dados no acesso à internet, não poderão causar danos aos usuários, devendo ser informadas previamente. A oferta de serviços e respectivas condições comerciais praticadas pelo prestador de serviços, contudo, deve ser não discriminatória, bem como respeitar a livre concorrência (artigo 9.º, § 2.º).

Já em relação à execução do contrato, note-se a vedação legal expressa, em vista da liberdade de expressão e informação asseguradas constitucionalmente, de que, na provisão de conexão à internet, onerosa ou gratuita, bem como na transmissão, comutação ou roteamento, haja o bloqueio, monitoramento, filtragem ou análise dos conteúdos dos pacotes de dados dos usuários.

O conjunto destas disposições consagra em termos normativos o princípio da autodeterminação informativa, preservando a capacidade do usuário de tomar decisões quanto aos termos do acesso à internet, de acordo com seu exclusivo interesse.

3.3.4 Formação de bancos de dados com informações de usuários da internet

Com a vigência da Lei 12.965/2014, a formação de bancos de dados com informações da internet passa a ter disciplina específica, de modo que apenas subsidiariamente aplica-se o disposto no artigo 43 do CDC. Este, todavia, permanece aplicável prioritariamente quando se trate de informações restritivas de crédito ao consumidor.

Para a interpretação das normas acerca da formação de bancos de dados (que pressupõe certa organização de informações coletadas), ou simples armazenamento de informações, previstos na Lei 12.965/2014 é necessário distinguir as diversas atividades e informações relacionadas à internet, e definidas na própria legislação, a saber: a) administrador de sistema autônomo; b) conexão à internet; c) registro de conexão; d) aplicações de internet; e e) registros de acesso a aplicações de internet. Por *administrador de sistema autônomo*, o artigo 5.º, IV, da lei em questão, define como “a pessoa física ou jurídica que administra blocos de endereço IP específicos e o respectivo sistema autônomo de roteamento, devidamente cadastrada no ente nacional responsável pelo registro e distribuição de endereços IP geograficamente referentes ao País”. *Conexão à internet*, de sua vez, é definida como “a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP” (artigo 5.º, V). *Registro de conexão* é o “conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo

terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados” (artigo 5.º, VI). *Aplicações de internet* consiste no “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet” (artigo 5.º, VII). E *Registros de acesso a aplicações de internet* é definido como “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP” (artigo 5.º, VIII).

Em relação aos dados coletados por intermédio da internet, estabelece o artigo 11 da Lei 12.965/2014, que “em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.” Esta regra aplica-se a todas as comunicações em que ao menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

Já o acesso de terceiros aos registros de conexão com a finalidade de identificação do usuário ou do terminal, se dará apenas mediante ordem judicial que o determine (artigo 10, § 1.º, da Lei 12.965/2014).¹³¹ Admite-se, contudo, o acesso à qualificação pessoal, filiação e endereço do usuário, pela autoridade administrativa que detenha competência legal para acesso destes dados.

A regra do artigo 16 da Lei 12.965/2014, é expressa: “Na provisão de aplicações de internet, onerosa ou gratuita, é vedada a guarda: I – dos registros de acesso a outras aplicações de internet sem que o titular dos dados tenha consentido previamente, respeitado o disposto no art. 7.º; ou II – de dados pessoais que sejam excessivos em relação à finalidade para a qual foi dado consentimento pelo seu titular.” Pela regra em destaque se estabelece limite ao direito de guarda dos registros, qual seja, a finalidade do uso na qual se fundou o consentimento necessário do titular para este fim.

131. Antes da edição da lei, a jurisprudência brasileira já havia definido os contornos do dever de guarda e acesso aos registros, mediante aplicação coordenada das regras do Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Código de Processo Civil como se vê da decisão do STJ: “Civil e consumidor. Internet. Provedor de conteúdo. Usuários. Identificação. Dever. Guarda dos dados. Obrigação. Prazo. Dispositivos legais analisados: arts. 4.º, III, do CDC; 206, § 3.º, V, 248, 422 e 1.194 do CC/02; e 14 e 461, § 1.º do CPC. 1. Ação ajuizada em 30.07.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 04.11.2013. 2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de blogs pela manutenção de dados de seus usuários. 3. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omissendo*. Precedentes. 4. Uma vez ciente do ajuizamento da ação e da pretensão nela contida – de obtenção dos dados de um determinado usuário – estando a questão *sub judice*, o mínimo de bom senso e prudência sugerem a iniciativa do provedor de conteúdo no sentido de evitar que essas informações se percam. Essa providência é condizente com a boa-fé que se espera não apenas dos fornecedores e contratantes em geral, mas também da parte de um processo judicial, nos termos dos arts. 4.º, III, do CDC, 422 do CC/02 e 14 do CPC. 5. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço. 6. Recurso especial a que se nega provimento”. (STJ, REsp 1.417.641/RJ, 3.ª T., j. 25.02.2014, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10.03.2014).

Estabelece a lei, ainda, o dever do administrador de sistema autônomo, de manter os registros de conexão, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de um ano (artigo 13, *caput*, da Lei 12.965/2014). Todavia, há vedação expressa na oferta de conexão, da guarda do registro de acesso do usuário a aplicações de internet (artigo 14).

Já em relação ao provedor de aplicações de internet que exerça a atividade de modo profissional, organizada e com fins econômicos, há o dever de manter os respectivos registros de acesso em ambiente seguro, e sob sigilo, pelo prazo de seis meses (artigo 15 da Lei 12.965/2014), podendo este período ser estendido por ordem judicial, quanto a registros específicos, ou por requerimento de autoridade policial ou pelo Ministério Público.

3.4 ANTEPROJETOS DE ATUALIZAÇÃO DO CDC

O Senado Federal, por intermédio do Ato do Presidente 308/2010, instituiu uma Comissão de juristas encarregados de oferecer subsídios para a atualização do Código de Defesa do Consumidor. Integrada por Ada Pellegrini Grinover, Leonardo Bessa, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, e contando com a relatoria-geral de Claudia Lima Marques, sob a presidência de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a Comissão em meados de 2011 apresentou uma primeira versão de três anteprojetos de lei versando, respectivamente, sobre alterações do CDC no tocante à regulação do comércio eletrônico, à disciplina do crédito ao consumidor e o superendividamento e à disciplina das ações coletivas. Estes foram objeto de audiências públicas e sugestões de diversos juristas e entidades de defesa do consumidor e de fornecedores, resultando nos Projetos de Lei do Senado 281/2012, 282/2012 e 283/2012. Os projetos de lei relacionados ao comércio eletrônico e o que disciplina o crédito e o superendividamento dos consumidores foram aprovados pelo Senado Federal no segundo semestre de 2015, e ora se encontram em tramitação na Câmara dos Deputados (Projetos de Lei da Câmara 3514/2015 e 3515/2015, respectivamente). Realiza-se, agora, a apresentação panorâmica dos principais aspectos contemplados nos anteprojetos, de caráter informativo, uma vez que, no estágio atual, e em vista do percurso que percorrerão no processo legislativo ordinário, não se recomenda um exame mais aprofundado.¹³²

No caso do anteprojeto de lei sobre a disciplina do comércio eletrônico, em linhas gerais, contempla a previsão de novos direitos básicos do consumidor, relativos à oferta e possibilidade de identificação do fornecedor, bem como a explicitação do seu direito de arrependimento.¹³³ Da mesma forma, prevê norma decisiva para a efetividade dos direitos a serem protegidos, qual seja, no caso de contratação à distância, a nulidade das cláusulas de eleição de foro e de compromisso arbitral, assim como a possibilidade das partes realizarem a escolha da lei mais favo-

132. Para detalhes dos projetos em tramitação, vejam-se: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. Anteprojetos de lei de atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 82, p. 331 e ss. São Paulo: RT, abril-junho/2012; PASQUALOTTO, Adalberto. Dará a reforma ao Código de Defesa do Consumidor um sopro de vida? *Revista de Direito do Consumidor*, v. 78, p. 11 e ss. São Paulo: RT, abril-junho/2011; MARTINS, Fernando Rodrigues. FERREIRA, Keila Pacheco. A contingente atualização do Código de Defesa do Consumidor: novas fontes, metodologia e devolução de conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 83, p. 11 e ss. São Paulo: RT, julho-setembro/2012.

133. Veja-se: SANTOLIM, Cesar. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte refere ao comércio eletrônico. *Revista de direito do consumidor*, v. 83, p. 73 e ss. São Paulo: RT, julho-setembro/2012.

rável para o consumidor, assegurando seu acesso à justiça. Dispõe, ainda, sobre a possibilidade da imposição de sanção administrativa, consistente na suspensão temporária e proibição de oferta e de comércio eletrônico. E ocupa-se de sua efetividade, prevendo procedimento de notificação direta aos provedores que promovam a conexão, hospedagem ou informação, para que a viabilizem durante o período de duração da punição.

No caso do anteprojeto de lei sobre concessão de crédito e superendividamento de consumidores, claramente percebe-se sua ênfase concentrada em dois aspectos principais: a) a prevenção ao superendividamento; e b) a maior extensão do dever de informar do fornecedor de crédito. Nesse sentido concorre o estabelecimento de restrições à oferta de crédito, por intermédio da indicação de um parágrafo único ao artigo 30, do CDC, proibindo, especialmente, a indicação de gratuidade do crédito e outras expressões enganosas, assim como a referência expressa de que o contrato poderá ser celebrado sem consulta aos serviços de proteção ao crédito – o que, naturalmente, serve de estímulo à contratação do crédito por consumidores que já se encontram inadimplentes. Inclui-se, igualmente, norma de caráter pedagógico, prevendo a solidariedade dos fornecedores de crédito, assim como deveres específicos de informação, que devem ser observado em relação à publicidade de crédito. A saber, de que “deve indicar, no mínimo, o custo efetivo total e a soma total a pagar, com e sem financiamento”. Esta regra, que já conta com previsão expressa no artigo 52 em sua redação vigente, como conteúdo de informação prévia a ser prestada ao consumidor, passaria a integrar o conteúdo obrigatório da própria publicidade de crédito.

Da mesma forma, prevê nova prática abusiva, de “manter na fatura qualquer quantia que houver sido contestada pelo consumidor em compras realizadas com cartão de crédito ou meio similar, enquanto não for adequadamente solucionada a controvérsia, desde que o consumidor haja notificado a administradora do cartão com antecedência de pelo menos três dias da data de pagamento”. Além dessa, contempla outras práticas abusivas expressamente referidas, como, por exemplo: a não entrega da cópia do contrato ao consumidor de crédito; a criação de dificuldade para o bloqueio do pagamento de fatura em caso de fraude; o assédio ou pressão ao consumidor em estado de vulnerabilidade agravada para realizar uma determinada contratação; assim como a inscrição do consumidor nos bancos de dados de restrição ao crédito quando a dívida se encontra em discussão judicial.

Inclui, ainda, dentre as cláusulas abusivas previstas no artigo 51, uma série de novas hipóteses recolhidas da jurisprudência, sobre concessão de crédito e endividamento. Por fim, reforça o caráter conexo dos contratos de crédito e financiamento, com os contratos de compra e venda e prestação de serviços,¹³⁴ da mesma forma como estabelece uma série de sanções pecuniárias para o descumprimento dos direitos dos consumidores por parte dos fornecedores de crédito.

Foi introduzido na emenda substitutiva de autoria do Senador Ricardo Ferraço, no texto aprovado em caráter definitivo pelo Senado Federal, também a inclusão dos arts. 60-A e 60-B ao Código, ampliando a competência dos órgãos administrativos de defesa do consumidor, que ora integram o PLC 3514/2015. No caso, o art. 60-A prevê que “O descumprimento reiterado dos deveres do fornecedor previstos nesta Lei ensejará a aplicação, pelo Poder Judiciário, de multa civil em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos,

134. Para o fenômeno da conexidade, veja-se, por todos: MARQUES, Claudia Lima *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 106 et seq.

patrimoniais e morais, ocasionados aos consumidores. Parágrafo único. A graduação e a destinação da multa civil observarão o disposto no art. 57”.

Da mesma forma, o art. 60-B, no texto ora em tramitação, prevê: “Sem prejuízo das sanções previstas neste Capítulo, em face de reclamação fundamentada formalizada por consumidor, a autoridade administrativa, em sua respectiva área de atuação e competência, poderá instaurar processo administrativo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, para aplicação, isolada ou cumulativamente, em caso de comprovada infração às normas de defesa do consumidor, as seguintes medidas corretivas, fixando prazo para seu cumprimento: I – substituição ou reparação do produto; II – devolução do que houver sido pago pelo consumidor mediante cobrança indevida; III – cumprimento da oferta pelo fornecedor, sempre que esta conste por escrito e de forma expressa; IV – devolução ou estorno, pelo fornecedor, da quantia paga pelo consumidor, quando o produto entregue ou o serviço prestado não corresponder ao que foi expressamente acordado pelas partes; V – prestação adequada das informações requeridas pelo consumidor, sempre que tal requerimento guarde relação com o produto adquirido ou o serviço contratado. § 1.º Em caso de descumprimento do prazo fixado pela autoridade administrativa para a medida corretiva imposta, será imputada multa diária, nos termos do parágrafo único do art. 57. § 2.º A multa diária de que trata o § 1.º será revertida, conforme o caso, ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos ou aos fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor”.

A justificativa para esta ampliação da competência dos órgãos administrativos de defesa do consumidor relaciona-se à necessidade de maior efetividade e agilidade dos meios de tutela administrativa, inclusive para reduzir o volume de demandas judicializadas. Especialmente quando se trate de questões práticas de descumprimento material de providências evidenciadas como consistentes em obrigação do fornecedor.

PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

4

SUMÁRIO: 4.1 Princípio da vulnerabilidade: 4.1.1 A vulnerabilidade agravada do consumidor criança; 4.1.2 A vulnerabilidade agravada do consumidor idoso – 4.1.3. A vulnerabilidade agravada do consumidor analfabeto. 4.1.4. A vulnerabilidade agravada do consumidor deficiente. 4.2 Princípio da solidariedade – 4.3 Princípio da boa-fé – 4.4 Princípio do equilíbrio – 4.5 Princípio da intervenção do Estado – 4.6 Princípio da efetividade – 4.7 Princípio da harmonia das relações de consumo.

Os princípios gerais do direito do consumidor que se reconhecem a partir do Código de Defesa do Consumidor, incidem sobre as relações jurídicas de consumo, visando à correta interpretação e aplicação das regras que a regulamentam. A moderna doutrina e jurisprudência, ao examinarem o conceito de norma jurídica, distinguem dentre suas espécies, as regras e os princípios jurídicos. Por regras jurídicas consideram-se as normas cuja determinação da hipótese legal, e a consequência de sua aplicação, são percebidas *prima facie*, ou seja, identificados de modo imediato como determinantes de uma certa conduta devida, um dever-ser normativo. Já os princípios revelam-se como normas com alto grau de generalidade que atuam como mandatos de otimização, uma vez que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas existentes.¹ Da mesma forma, o significado do que se considere princípio jurídico abrange igualmente as diretrizes ou o sentido a serem conferidos para uma determinada disciplina jurídica.

Neste sentido, o direito do consumidor é dotado de uma base principiológica de alta importância para a interpretação, compreensão e aplicação de suas normas. De modo geral os princípios do direito do consumidor encontram-se expressos no Código de Defesa do Consumidor. Nada impede, contudo, o reconhecimento de princípios implícitos, que sejam retirados do contexto normativo da própria lei, ou da diretriz de proteção do consumidor vulnerável, a qual constitui o fundamento teleológico de todo o microsistema.

Examinemos, pois, os princípios do direito do consumidor.

4.1 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que fundamenta a existência e aplicação do direito do consumidor. O artigo 4.º, I, do CDC estabelece entre os princípios informa-

1. ALEXY. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 82-87.

dores da Política Nacional das Relações de Consumo o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”. A existência do direito do consumidor justifica-se pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. É esta vulnerabilidade que determina ao direito que se ocupe da proteção do consumidor.

A vulnerabilidade do consumidor constitui presunção legal absoluta, que informa se as normas do direito do consumidor devem ser aplicadas e como devem ser aplicadas. Há na sociedade atual o desequilíbrio entre dois agentes econômicos, *consumidor e fornecedor*, nas relações jurídicas que estabelecem entre si. O reconhecimento desta situação pelo direito é que fundamenta a existência de regras especiais, uma lei *ratione personae* de proteção do sujeito mais fraco da relação de consumo.

Neste sentido, é necessário distinguir entre *vulnerabilidade* e *hipossuficiência*, ambas expressões presentes no CDC. No caso da hipossuficiência, presente no artigo 6.º, VIII, do CDC, a noção aparece como critério de avaliação judicial para a decisão sobre a possibilidade ou não de inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Refere a norma em comento, indicando o direito básico do consumidor: “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 experiência”. Ou seja, nem todo o consumidor será hipossuficiente, devendo esta condição ser identificada pelo juiz no caso concreto. Trata-se, portanto, de um critério que depende, segundo duas linhas de entendimento: a) da discricionariedade do juiz,² permitindo que ele identifique, topicamente, a existência ou não de debilidade que dificulte ao consumidor, no processo, sustentar suas alegações com provas que demonstrem a veracidade das suas alegações; b) de conceito indeterminado, cujo preenchimento de significado deve se dar segundo critérios objetivos, porém, sem espaço de escolha para o juiz, senão de mera avaliação dos fatos da causa e sua subsunção à norma. De qualquer sorte, a impossibilidade de realizar a prova no processo, a nosso ver, não se restringe apenas à falta de meios econômicos para tanto, mas pode se caracterizar também pela ausência de meios para obtê-la (por exemplo, o fornecedor que se recusa a oferecer a cópia do contrato para o consumidor, ou simplesmente a realização do contrato meramente verbal, com ausência de um documento escrito).

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Neste sentido, há possibilidade de sua identificação ou determinação *a priori*, *in abstracto*, ou ao contrário, sua verificação *a posteriori*, *in concreto*, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade.³ A opção do legislador brasileiro, como já referimos, foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.

Com fundamento no princípio da vulnerabilidade, o âmbito de aplicação das normas de proteção do consumidor pode ser restringido ou ampliado. Em face do princípio da vulnerabi-

2. Assim: MARTINS-COSTA, Judith. A guerra do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 6, p. 222. São Paulo: RI, abr.-jun. 1993.

3. FIECHTER-BOULEVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et as consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 13-32.

lidade é possível restringir a aplicação da legislação protetiva apenas aos destinatários finais da relação de consumo (critério para definição de consumidor do artigo 2.º do CDC). Entretanto, é também possível, com base no mesmo princípio, estender a aplicação das normas do CDC às relações em que esteja presente o desequilíbrio de forças entre os sujeitos da relação. É o caso do que dispõe o artigo 29 do CDC, ao estabelecer que as normas de proteção constantes nos capítulos seguintes, relativas à *formação* e *execução* do contrato de consumo, são aplicáveis a todos os que estiverem expostos às práticas ali descritas. Esta disposição vem permitindo uma interpretação ampliativa do âmbito de aplicação do CDC, dos denominados intérpretes *maximalistas*, sustentando esta aplicabilidade com base na vulnerabilidade de um dos sujeitos da relação jurídica (desequilíbrio das partes).

O reconhecimento de presunção absoluta da vulnerabilidade a todos os consumidores não significa, contudo, que os mesmos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor. A doutrina e a jurisprudência vêm distinguindo diversas espécies de vulnerabilidade. Entre nós, é conhecida a lição de Claudia Lima Marques que distinguiu a vulnerabilidade em três grandes espécies:⁴ *vulnerabilidade técnica*; *vulnerabilidade jurídica*; e *vulnerabilidade fática*. E recentemente, identifica a autora gaúcha uma quarta espécie de vulnerabilidade, a *vulnerabilidade informacional*.⁵

A *vulnerabilidade técnica* do consumidor se dá em face da hipótese na qual o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que adquire ou utiliza em determinada relação de consumo. O fornecedor, por sua vez, presume-se que tenha conhecimento aprofundado sobre o produto ou serviço que ofereça. É dele que se exige a expertise e o conhecimento mais exato das características essenciais do objeto da relação de consumo. O que determina a vulnerabilidade, neste caso, é a falta de conhecimentos específicos pelo consumidor e, por outro lado, a presunção ou exigência destes conhecimentos pelo fornecedor. É o exemplo da relação entre médico e paciente, na qual o primeiro detém informações científicas e clínicas que não estão ao alcance do consumidor leigo neste assunto. Da mesma forma a relação de consumo envolvendo qualquer produto industrializado. Cogite-se de uma dona de casa que adquira um computador. Não se pode exigir que possua conhecimentos especializados sobre informática. Ora, as técnicas de fabricação e as características do produto presumem-se ser do conhecimento do fornecedor. Aíás, exige-se em muitos casos o dever de conhecimento como extensão do dever de cuidado, inerente a qualquer relação humana (o *duty of care* presente no direito norte-americano). Entretanto, em relação ao consumidor, sobretudo o consumidor não profissional, que não adquire o produto ou serviço para fins profissionais, presume-se ausente o domínio de tal conhecimento. E da mesma forma subsiste a presunção com relação ao consumidor profissional, quando não se possa deduzir desta sua atividade, conexão necessária com a posse de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço objeto da relação de consumo. Daí sua condição de *vulnerabilidade técnica*.

A *vulnerabilidade jurídica*, a nosso ver, se dá na hipótese da falta de conhecimentos, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que estabelece, assim como a ausência da compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra. Claudia Lima Marques denomina esta espécie de vulnerabilidade de *jurídica* ou *científica*,⁶ incluindo sob esta classificação também a ausência de conhecimentos em economia ou contabilidade pelo

4. MARQUES. *Contratos...*, 3. ed., p. 147.

5. MARQUES. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5. ed., p. 330.

6. MARQUES. *Contratos...*, 3. ed., p. 148.

consumidor, o que determina sua incapacidade de compreensão das consequências efetivas das relações que estabelece sobre o seu patrimônio. A vulnerabilidade jurídica é presumida com relação ao consumidor não especialista, pessoa natural, não profissional, a quem não se pode exigir a posse específica destes conhecimentos. Todavia, com relação ao *consumidor pessoa jurídica*, ou o *consumidor profissional*, é razoável exigir-lhe o conhecimento da legislação e das consequências econômicas dos seus atos, daí porque a presunção neste caso, ainda que se trate de presunção relativa (*iuris tantum*) é de que deva possuir tais informações.

Já a *vulnerabilidade fática* é espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor. A mais comum, neste caso, é a vulnerabilidade econômica do consumidor em relação ao fornecedor. No caso, a fraqueza do consumidor situa-se justamente na falta dos mesmos meios ou do mesmo porte econômico do consumidor (suponha-se um consumidor pessoa natural, não profissional, contratando com uma grande rede de supermercados, ou com uma empresa multinacional). Por outro lado, a vulnerabilidade fática também abrange situações específicas relativas a alguns consumidores. Assim é vulnerável faticamente, ou duplamente vulnerável, o consumidor-criança ou o consumidor-idoso, os quais podem ser, em razão de suas qualidades específicas (reduzido discernimento, falta de percepção), mais suscetíveis aos apelos dos fornecedores. Também neste caso, podemos indicar o consumidor-analfabeto, a quem faltará, certamente, a possibilidade de pleno acesso a informações sobre a relação de consumo que estabeleça. Ou o consumidor-doente, que apresenta espécie de vulnerabilidade fática especial em vista de sua situação de debilidade física (neste caso, considere-se a relação entre o paciente e o médico, a instituição hospitalar, ou ainda, o plano de saúde privado). Neste sentido, depreende-se daí como subespécie, a vulnerabilidade informacional, característica da atual sociedade, conhecida como sociedade da informação, em que o acesso às informações do produto, e a confiança despertada em razão da comunicação e da publicidade, colocam o consumidor em uma posição passiva e sem condições, *a priori*, de atestar a veracidade dos dados, bem como suscetível aos apelos do *marketing* dos fornecedores.

Paulo Valério Dal Pai Moraes, em excelente trabalho sobre o tema,⁷ distingue além destas, outras espécies de vulnerabilidade, como é o caso da *vulnerabilidade política* ou *legislativa*, a *vulnerabilidade biológica* ou *psíquica* e a *vulnerabilidade ambiental*. No caso da vulnerabilidade política e legislativa, identifica a ausência ou debilidade de poder do consumidor em relação ao *lobby* dos fornecedores nas casas parlamentares e demais autoridades públicas, pressionando para aprovação de leis favoráveis a seus interesses. Por outro lado, a vulnerabilidade biológica ou psíquica identifica-se como sendo a que caracteriza o consumidor frente às modernas técnicas de *marketing* adotadas pelos fornecedores, e seus efeitos sobre a decisão de consumir, do consumidor. Por fim, apresenta a vulnerabilidade ambiental, como sendo aquela que apresenta o consumidor ao lhe ser oferecido no mercado de consumo, produtos e serviços que, destacando seus benefícios, em verdade apresentam grandes riscos de dano ao meio ambiente, afetando por via reflexa o direito à vida, saúde e segurança do consumidor.⁸

Em resumo, o princípio da vulnerabilidade é aquele que estabelece a presunção absoluta de fraqueza ou debilidade do consumidor no mercado de consumo, de modo a fundamentar a existência de normas de proteção e orientar sua aplicação na relação de consumo. Poderá, to-

7. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

8. *Idem*, p. 161-174.

davia, variar quanto ao modo como se apresenta em relação a cada consumidor, em face de suas características pessoais e suas condições econômicas, sociais ou intelectuais.

E da mesma forma, certas qualidades pessoais do consumidor pode dar causa a uma soma de fatores de reconhecimento da vulnerabilidade, razão pela qual se pode falar em situação de vulnerabilidade agravada, ou como também vem denominando a doutrina, hipervulnerabilidade do consumidor.⁹

4.1.1 A vulnerabilidade agravada do consumidor criança

A proteção da criança encontra fundamento constitucional no artigo 227 da Constituição da República, que dispõe: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. Neste sentido, resta consagrado no sistema jurídico brasileiro o princípio da absoluta prioridade do interesse da criança, espécie de princípio de proteção do vulnerável, que indica deveres de efetivação deste direito à família, a sociedade e ao Estado. Em que pese a eficácia deste princípio protetivo diga muito às relações de família, não é desconhecido de outras disciplinas jurídicas, e em especial ao direito do consumidor. Lembre-se, a este respeito, que o Estatuto da Criança e do Adolescente consagra em favor destes o *direito ao respeito*, abrangendo a inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente (artigo 17 do ECA).

No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, que pode ser “ferido” (*vulnerare*) ou é vítima facilmente.¹⁰

Afirma a Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, que a vulnerabilidade da criança é reconhecida universalmente: “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”.

Segundo a Convenção de Direitos da Criança da ONU, podemos considerar criança, o ser humano de seu nascimento até os 18 anos, aí abarcando os adolescentes. Esta segunda categoria aqui analisada, os adolescentes, seriam de mais difícil determinação. A medicina identifica a adolescência a partir de sinais de sexualidade que aparecem entre 12 a 14 anos e terminariam com a maioridade, entre 18, 21 e até – antigamente – 25 anos. Os instrumentos internacionais preferem outra denominação (“juventude” ou *young people*), identificando com o pleno exercício de direitos públicos, como o voto, mesmo que não atingida a maioridade civil e analisando também as linhas de responsabilidade, também penal, destes jovens.

9. Assim, o nosso: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. Em relação à vulnerabilidade agravada dos deficientes, veja-se: DENSA, Roberta. *Direito do consumidor*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 18.

10. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 129 e ss. No mesmo sentido: FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. *La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit*. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 16 e ss.

Estudos recentes demonstram a importância de crianças e adolescentes na definição dos hábitos de consumo dos adultos, tanto em relação a produtos de interesse do menor, quanto da própria família.¹¹ Esse “poder” da criança e do adolescente nas decisões de compra familiar, por sua vez, contrasta com a vulnerabilidade que apresentam em relação à atuação comercial dos fornecedores no mercado, por intermédio das técnicas de *marketing*. Neste sentido, se os apelos de *marketing* são sedutores aos consumidores em geral, com maior intensidade presume-se que o sejam em relação às crianças e adolescentes. Estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre aspectos práticos da contratação, como os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. Daí resulta que estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um *consumidor standard*.¹² Esta vulnerabilidade agravada da criança é reconhecida no âmbito da publicidade, sendo que o próprio CDC estabelece o caráter abusivo da publicidade que venha a aproveitar-se da deficiência de julgamento da criança (artigo 37, § 2.º). Mas igualmente, ainda quando não se trate de publicidade, qualquer conduta comercial do fornecedor que venha a prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, em vista, dentre outras condições de sua idade e conhecimento, será considerada prática abusiva (artigo 39, IV), ilícita, podendo ensejar tanto a imposição das sanções cabíveis, quanto eventual ineficácia do contrato (ou até existencial) que resulte desta contratação.

Mais recentemente se coloca em destaque a discussão sobre a possibilidade e conveniência da imposição de restrições à publicidade direcionada a crianças, o que se justificaria em razão de sua vulnerabilidade. A rigor, percebe-se que o art. 37, §2.º já define critério essencial para um controle de conteúdo e forma da publicidade dirigida a crianças. Todavia, outra solução de lege ferenda tem no direito comparado distintas soluções, desde a supressão de qualquer publicidade dirigida a crianças, até a ausência de restrições, passando por critérios etários, em vista de outras circunstâncias como a idade escolar, por exemplo.¹³

Por outro lado, contudo, não se descarta da necessidade de que os órgãos públicos responsáveis pelo controle e fiscalização das atividades econômicas no mercado de consumo, assim como ao juiz quando chamado a decidir sobre causas que envolvam a participação de crianças e adolescentes em relações de consumo – ou mesmo que induzam ao consumo –, considerem a vulnerabilidade agravada da criança e adolescente como diretriz de sua atuação.¹⁴

11. SHETH, Jagdish N.; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. *Comportamento do cliente: indo além do comportamento do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 553.
12. Káren Bertoncello, em estudo recente, observa igualmente os efeitos deletérios da publicidade infantil no próprio processo de socialização das crianças e no estímulo a deterioração das relações entre pais e filhos mediante inserção de uma lógica de recompensas materiais. Veja-se: BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Os efeitos da publicidade na vulnerabilidade agravada: como proteger as crianças consumidoras? *Revista de direito do consumidor*, v. 90. São Paulo: RT, nov.-dez./2013, p. 69 e ss.
13. Para diferentes visões sobre o tema, veja-se a obra organizada por Adalberto Pasqualotto: PAQUALOTTO, Adalberto. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
14. Neste sentido, veja-se a decisão do TJMG: “Consumidor. Criança. Ingestão de esfera metálica que compunha o produto. Fabricação. Prova pericial. Dever de informação. Advertência. Insuficiência. Dano moral. O Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor a adoção de um dever de conduta, ou de comportamento positivo, de informar o consumidor a respeito das características, componentes e riscos inerentes ao produto ou serviço. Sendo a prova pericial no sentido de ausên-

4.1.2 A vulnerabilidade agravada do consumidor idoso

Outra espécie de vulnerabilidade agravada é a do consumidor idoso.¹⁵ Por idosos a lei considera as pessoas com idade igual ou maior de 60 (sessenta) anos (artigo 1.º do Estatuto do Idoso – Lei 10.741/2003).¹⁶ Assim como ocorre em relação à criança e ao adolescente, sua proteção tem assento constitucional, inspirado nos princípios da solidariedade e da proteção.¹⁷ Estabelece o *caput* do artigo 230 da Constituição da República: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

A preocupação com a necessidade de proteção do consumidor idoso não é nova.¹⁸ O envelhecimento da população mundial, como resultado de uma multiplicidade de fatores relacionados a avanços tecnológicos e melhoria das condições de vida, faz com que os organismos internacionais, os Estados nacionais e a sociedade civil se ocupem da proteção do idoso. E é neste contexto que, já em 1982, o *Plano de Ação Internacional de Viena sobre Envelhecimento*, aprovado pela Assembleia Mundial sobre o Envelhecimento (convocada em 1978, pela Resolução 33/52, da Assembleia Geral da ONU), em sua Recomendação 18, ocupava-se da proteção dos consumidores idosos, referindo como obrigação dos governos: “(a) Garantir que os alimentos, produtos de uso doméstico, as instalações e os equipamentos cumpram normas de segurança que tenham em conta a vulnerabilidade das pessoas de idade; (b) Promover o uso prudente dos medicamentos, produtos químicos que se utilizam no lar, e outros produtos, exigindo que os fabricantes coloquem nesses produtos advertências e instruções necessárias para seu emprego; (c) Coloquem ao alcance das pessoas de idade fármacos, aparelhos auditivos, próteses dentárias, óculos e outras próteses, para que possam continuar uma vida ativa e inde-

cia de falha na fabricação do produto, a análise da controvérsia deve se dar sob o enfoque do cumprimento ou não do dever de informação. Ao informar o consumidor, sobre os eventuais riscos apresentados pelo produto, deve o fornecedor prover dados claros sob a ótica de todos os consumidores, inclusive aqueles mais vulneráveis, os chamados hipervulneráveis, como as crianças, mormente quando, pela apresentação do produto no mercado, torna-se lícita a crença de que o bem de consumo se destina ao público infantil. Informação adequada implica em correção, clareza, precisão e ostensividade, sendo o silêncio, total ou parcial, do fornecedor, a respeito dos possíveis riscos do produto, uma violação do princípio da transparência que rege as relações de consumo” (TJMG, ApCiv 1.0145.08.501050-5/001, 14.ª Câm. Civ., j. 05.07.2012, rel. Estevão Lucchesi, publicado 17.07.2012).

15. No mesmo sentido, indicando a *vulnerabilidade potencializada* do consumidor idoso: MARQUES, Claudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 8, p. 3-41. Rio de Janeiro: Padma, 2001.
16. Contudo, os critérios para definição de idoso podem variar. Admite-se assim, além do critério cronológico estabelecido na lei, também o critério psicobiológico (levando em consideração aptidões físicas ou intelectuais), econômico-financeiro (alguns idosos, por esta condição, acentuam sua vulnerabilidade), social (considerando o ambiente em que vive, com a família ou em casa de repouso, asilo). MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. São Paulo: LTr, 2004. p. 18.
17. MENDES/COELHO/BRANCO. *Curso de direito constitucional*, p. 1.307.
18. Mais recentemente, veja-se: GRAEFF, Bibiana. *Direitos do consumidor idoso no Brasil*. *Revista de direito do consumidor*, v. 86. São Paulo: RT, março/2013, p. 65 e ss. No mesmo sentido, a tese de doutoramento de SCHMITT, Cristiano Heineck. *Consumidores hipervulneráveis. A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1 e ss.

pendente; (d) Limitem a publicidade intensiva e outras técnicas de venda destinadas, fundamentalmente, a explorar os escassos recursos das pessoas de idade". Já o plano de ação aprovado pela Segunda Assembleia Mundial sobre Envelhecimento de Madrid, em 2002, chama a atenção, por sua vez, sobre a necessidade de prevenção das fraudes ao consumidor idoso indicando medidas como a promulgação de leis que coíbam os abusos, assim como a eliminação de práticas nocivas tradicionais contra idosos.¹⁹

A vulnerabilidade do consumidor idoso é demonstrada a partir de dois aspectos principais: a) a diminuição ou perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores; b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado de consumo, que o coloca numa relação de dependência em relação aos seus fornecedores.

Em relação ao primeiro aspecto assinalado, note-se que as mesmas regras de proteção da criança e do adolescente se projetam também para a proteção do consumidor idoso. Isto porque a publicidade que se aproveita da deficiência da compreensão do idoso, ou ainda aproveita de qualquer modo esta condição, para impingir-lhe produtos e serviços – mesmo sem expressa indicação na norma – é qualificada como espécie de publicidade abusiva, uma vez que desrespeita valores éticos socialmente reconhecidos. Igualmente, a mesma regra do artigo 39, IV, que classifica como prática abusiva a conduta do fornecedor que busca prevalecer-se do consumidor em razão – dentre outros critérios – de sua idade, tem aplicação na proteção do idoso. Não é demais lembrar, que o artigo 10, § 2.º, do Estatuto do Idoso, igualmente assegura o direito dos idosos ao respeito, protegendo sua integridade física, psíquica e moral.

Em relação ao segundo aspecto distintivo da vulnerabilidade do consumidor idoso, é evidente que uma maior necessidade em relação a produtos ou serviços de parte do idoso, faz presumir que eventual inadimplemento por parte do fornecedor de causa a danos mais graves do que seriam de se indicar aos consumidores em geral.

É o caso típico do descumprimento pelo fornecedor, de sua prestação nos contratos de assistência e seguros privados de saúde.²⁰ Note-se que nestes contratos, ao lado de uma catividade e dependência extrema (os consumidores por vezes desenvolvem relações contratuais de longa duração, justamente para poder usufruírem dos serviços quando se tornem idosos, e estes, por sua vez, se tornem mais necessários), o descumprimento do contrato e a frustração do consumidor idoso envolverão, quase sempre, danos ou temor de dano à integridade física e psíquica do paciente e a perda ou diminuição da cura de doenças. Assim como o sofrimento psicológico decorrente da ausência da prestação do serviço que lhe é devida, em vista da premente necessidade de preservação de sua vida e integridade.

A importância, para o consumidor idoso, dos contratos de assistência e seguros privados de assistência à saúde, não é desconhecida da legislação.²¹ O Estatuto do Idoso, em seu artigo 15, § 3.º, veda a discriminação do idoso nos planos de saúde, pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, motivo pelo qual a cláusula contratual que prevê hipótese de aumen-

19. BRASIL. *Plano de ação internacional para o envelhecimento*. II Assembleia Mundial do Envelhecimento realizada de 8 a 12 de abril de 2002, em Madri, promovida pela ONU. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos do Idoso, 2003. p. 71-72.

20. SCHMITT, Cristiano Heineck. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e de seguros privados de assistência à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 51, p. 130-154. São Paulo: RT, 2004.

21. Veja-se: BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *O direito à saúde da pessoa idosa*. São Paulo: Saraiva, 2010.

to de prestação neste sentido, a par de ser abusiva (artigo 51, IV, X, XIII e XV, do CDC), é a rigor ilícita por violar disposição de lei, dando causa desde logo à sua nulidade absoluta. A plena eficácia desta norma, contudo, relaciona-se à decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIn 1.931/DF, na qual se questiona a constitucionalidade, dentre outros dispositivos, do artigo 35-E da Lei 9.656/1998 (Lei dos Planos de Saúde), que dispõe de regra semelhante à indicada no Estatuto do Idoso, estendendo sua aplicação aos contratos em curso. Medida cautelar deferida no âmbito desta ação direta,²² suspendeu a eficácia da norma até a decisão final da ação, a qual segue pendente. Note-se que a efetividade da norma protetiva estabelecida pelo Estatuto do Idoso é, na grande maioria dos casos, dependente do reconhecimento de sua aplicação a contratos celebrados antes de sua vigência, uma vez que a alteração vedada, da cobrança de valores diferenciados, supõe a existência de um contrato, o qual poderá ter sido, em boa parte das vezes, celebrado antes da recente lei. Tais circunstâncias remetem à necessidade de cotejo entre a norma em questão e a regra constitucional de irretroatividade da lei, quando esta dê causa à violação do ato jurídico perfeito.²³ Contudo, considerando que não há, até o momento, ques-

22. STF, ADI-MC 1931/DF, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 21.08.2003, DJU 28.05.2004, p. 3.

23. Esta discussão, no que se refere às normas de proteção do consumidor e os contratos em curso, não é nova. Sobre ela referimos em nossos Comentários: "Na experiência de direito comparado, conforme leciona Claudia Lima Marques (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4. ed., p. 562), as experiências identificadas demonstram que as novas leis de defesa do consumidor foram aplicadas a todas as relações contratuais em curso. No Brasil, a definição de ato jurídico perfeito e de direito adquirido alcançou alto nível de sofisticação teórica, sendo entretanto, sobretudo nas últimas décadas objeto de uma série de discussões judiciais acerca do que se define por aquisição de direitos ou o momento de vinculação jurídica admitido na definição de ato jurídico perfeito. Neste contexto é que o Min. Moreira Alves, na ADIn 493-0/DF, ao observar que no direito brasileiro a garantia de irretroatividade da lei tem sede constitucional (artigo 5.º, XXXVI), afasta a utilização das soluções de direito comparado, em que o debate sobre a aplicação da norma de ordem pública resolve-se basicamente no âmbito infraconstitucional. Entretanto, note-se que o alcance das disposições do CDC pode ser vislumbrado sob outra perspectiva, qual seja, a partir do questionamento mesmo dos conceitos de direito adquirido e ato jurídico perfeito, cuja concepção ideológica prende-se ainda à prevalência da força vinculativa da manifestação da vontade (*pacta sunt servanda*), justamente o que será objeto de flexibilização por parte das normas do CDC. De outra parte, em relação ao ato jurídico perfeito, considerando este como ato que foi consumado sob a égide da lei anterior (artigo 2.º da LICC [atual LINDB]), a questão se coloca justamente no que se deverá de considerar como consumação do ato. Ou seja, se por ato consumado se reconheça aquele que tendo sido celebrado sob a égide do direito anterior ou esta consumação diga respeito também à produção dos efeitos pelo mesmo. O STF, na já mencionada ADIn 493-0, de que foi relator o Min. Moreira Alves, fixou o entendimento de que se trata a consumação do ato desde o momento de sua constituição, ou seja, quanto aos contratos, o momento de sua celebração. Esta decisão terminou por guiar o entendimento da maior parte da jurisprudência nacional pela impossibilidade de aplicação do CDC aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência. Entretanto, note-se que o conceito de ato jurídico perfeito pressupõe o cumprimento de todos os requisitos legais para sua consumação ao tempo da lei antiga. Assim, ainda que se possa identificar a celebração do contrato antes da vigência do CDC, há de se exigir, para reconhecê-lo como consumado, o exato cumprimento dos requisitos legais, tanto em relação aos critérios formais, quanto em relação ao conteúdo do contrato. Isto implica na consideração de que contratos em que se configure abuso do direito ou qualquer outra espécie de elemento que ofenda o regime contratual anterior ao CDC de modo idêntico ao sistema determinado por suas normas, podem ser da mesma forma invalidados total ou parcialmente independente da aplicação aos mesmos da nova lei, considerando que na expressão já consagrada entre nós, não pode se admitir o direito adquirido ao abuso" MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. Comentários..., p. 1.253-1.254.

tionamento quanto à eficácia do artigo 15, § 3.º do Estatuto do Idoso,²⁴ assim como se aplicam plenamente aos contratos em questão, as normas que vedam a imposição de cláusulas abusivas nos contratos de consumo (artigo 51 do CDC), a alteração unilateral de preço, permitida ou não por cláusula contratual, configura a toda prova, abuso do fornecedor, e portanto não gera efeitos em relação ao consumidor.

Por fim, cumpre lembrar em relação ao consumidor idoso, as recentes contratações de empréstimos financeiros com pagamento consignado em folha, permitidos pela autarquia responsável pelos benefícios e proventos de aposentadorias da Previdência Social. Trata-se, também nestes casos, de uma contratação em que deve se ter em conta a vulnerabilidade agravada do idoso, em especial frente à realidade social dos baixos valores pagos pela Previdência Social, que fazem do recurso ao empréstimo consignado em folha de pagamento, muitas vezes, uma necessidade do consumidor idoso para atendimento de despesas ordinárias pessoais ou ainda, em vista da taxa de juros favorecida, como recurso para o atendimento das necessidades de parentes ou amigos próximos. Aqui se reforçam os deveres de lealdade, informação e colaboração entre o consumidor idoso e a instituição financeira que realiza o empréstimo, em vista de suas condições de adimplir o contrato sem o comprometimento de necessidades vitais, assim como a se evitar o consumo irresponsável de crédito e o superendividamento: Nesses casos, portanto, a vulnerabilidade agravada do idoso será critério para interpretação das circunstâncias negociais, e do atendimento, pelo fornecedor, do dever de informar, considerando o direito básico do consumidor à informação eficiente e compreensível. A vulnerabilidade agravada do consumidor idoso, neste sentido, será critério para aplicação, na hipótese, de diversas disposições do CDC, como as estabelecidas no artigo 30, 35 (sobre oferta), 39, IV (sobre prática abusiva), 46 (sobre ineficácia das obrigações não informadas), e 51 (nulidade de cláusulas abusivas).

24. “Agravado de instrumento. Antecipação de tutela. Reajuste de mensalidade. Estatuto do Idoso. Preenchidos os requisitos estabelecidos no artigo 273 do CPC, cabível o deferimento do pedido de antecipação de tutela requerido. Inviabilidade do reajuste da mensalidade do plano de saúde em razão de o segurado ter completado 70 anos de idade. Infringência à Lei dos Planos de Saúde e ao Estatuto do Idoso. Agravado provido” (TJRS, AI 70.021.955.893, 5.ª Câm. Civ., j. 05.12.2007, rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack). No mesmo sentido: “Plano de saúde. Reajuste das contraprestações em razão da mudança de faixa etária. Abusividade da cláusula. Inexistência de irretroatividade da lei e do ato jurídico perfeito. Precedente das turmas que uniformiza o entendimento. É nula, de pleno direito, por abusiva e por não redigida de forma clara e destacada, a cláusula que, em contrato de Plano de Saúde, estabelece o reajuste das contraprestações pecuniárias em função da idade do segurado, elevando a contribuição para montante excessivamente oneroso. Violação ao Código de Defesa do Consumidor e ao Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003). Aplicação imediata do artigo 15, § 3.º, da Lei 10.741/2003. Situação que não caracteriza violação à regra de irretroatividade das leis e ao ato jurídico perfeito. Precedente da 3.ª Turma Recursal Cível. Recurso provido” (TJRS, Recurso Cível 71.001.399.740, 1.ª T., j. 29.11.2007, rel. Des. Ricardo Torres Hermann); e “Plano de saúde. Reajuste da mensalidade em razão da mudança de faixa etária. Idoso. 1. As variações de preços propostas pelas seguradoras e operadoras dos planos de saúde devem observar os limites legais impostos pela Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/1998), pelo Estatuto do Idoso (Lei 10.471/2003), pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor, bem como as regras da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. 2. Considera-se abusivo o reajuste que desrespeitar os limites legais, ou que onere de modo a colocar o consumidor idoso em condição de desvantagem exagerada, provocando, por exemplo, a sua desistência do contrato. 3. Caso em que o reajuste praticado pela operadora do plano de saúde onerou demasiadamente o contrato, desrespeitando os limites legais. Apelo desprovido (TJRS, 5.ª Câm. Civ., ApCiv 70.021.577.416, rel. Des. Paulo Sérgio Scarparo).

4.1.3 A vulnerabilidade agravada do consumidor analfabeto

Outra causa de vulnerabilidade agravada para o consumidor reside na falta de compreensão da linguagem escrita, saber ler e escrever, na condição de analfabeto. Segundo o PNAD, em 2012, este grupo de pessoas analfabetas, com 15 anos ou mais de idade, somavam 13,2 milhões no Brasil, a maioria residente no nordeste do país.²⁵ Em nível mundial, segundo a UNESCO,²⁶ em 2011 havia 774 milhões de adultos analfabetos no mundo, uma redução de apenas 1% desde o início do século XXI (2000), sendo que, até 2015, esse número caiu apenas ligeiramente, para 743 milhões. Relevante notar ainda, um possível problema de gênero, pois segundo o relatório da UNESCO,²⁷ quase dois terços dos adultos analfabetos são mulheres. O Brasil está em 8.º lugar entre os países com maior número de analfabetos adultos,²⁸ hoje em sua maioria, idosos. Dados do censo de 2010 indicavam que, enquanto a taxa de analfabetismo no Brasil é de 8,7% da população maior de 15 anos, nos estados do Nordeste esta realidade é ainda mais dura, com 17,4% da população analfabeta.²⁹

Da mesma forma, além daqueles que não possuem nenhum conhecimento sobre a linguagem escrita, há uma segunda categoria de pessoas, que embora tenham formalmente a habilidade de se comunicar por escrito com o uso do alfabeto, bem como para leitura de textos simples e a assinatura do próprio nome, não tem capacidade para compreender as ideias explicitadas no texto, tampouco formar juízo crítico sobre estas ideias. Esta categoria, dos denominados analfabetos funcionais, embora tenha capacidade para decodificar textos, não é capaz de compreendê-los. Nestes casos, possuem igualmente uma vulnerabilidade agravada no âmbito das relações de consumo, talvez até mais intensa daquela dos analfabetos em geral, considerando que ao saber assinar o nome, celebra contratos e se vincula juridicamente com maior facilidade, sem, contudo, ter plenas condições de compreender os direitos e obrigações envolvidos nestas relações.

A habilidade de se expressar e comunicar por intermédio da comunicação escrita, bem como de conhecer e compreender esta mesma forma de comunicação por intermédio do uso do alfabeto é uma das principais formas de interação cultural na sociedade contemporânea. Na sociedade de consumo, oferta e publicidade, assim como muitos contratos de consumidores e fornecedores se dão por escrito. A capacidade de compreender as mensagens negociais por todos os meios está diretamente vinculada ao conhecimento da linguagem escrita. O art. 31 do CDC estabelece, dentre os deveres a ser atendidos pelos fornecedores na oferta, o de assegurar “informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa”.

O direito privado protege, tradicionalmente, os não-alfabetizados.³⁰ O Código Civil de 2002, prevê uma série de instrumentos para proteção, tais como a presença de duas testemunhas

25. Veja em [<http://www.brasil.gov.br/educacao/2013/09/pnad-2012-cai-o-percentual-de-pessoas-sem-instrucao>].

26. ROSE, Pauline (Dir.) Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos Relatório de Monitoramento Global de Educação para Todos, UNESCO, 2013, p. 5. Disponível em [www.unesco.org] ou [www.efareport.unesco.org].

27. Idem.

28. Idem, *ibidem* p. 10.

29. Veja em [<http://www.brasil.gov.br/educacao/2013/09/pnad-2012-cai-o-percentual-de-pessoas-sem-instrucao>].

30. Veja-se, a respeito: MARQUES/MIRAGEM, O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2014, cit.

para celebração do contrato de prestação de serviços (art. 595), ou de quatro testemunhas para celebração válida dos casamentos em que um dos nubentes não saiba ler e escrever (Art. 1.534, § 2.º do CC/2002). A preocupação com a integridade da declaração de vontade dos não-alfabetizados admite regras gerais para a lavra de escritura pública (art. 215, §2.º) e de disposições de última vontade, como o testamento público (art. 1.865 do CC/2002).

Nas relações de consumo, o domínio da comunicação escrita, saber ler e escrever, assume importância ainda maior. Isso porque, seja no ajuste das condições negociais, seja a própria submissão do consumidor a técnicas de venda e persuasão que são próprias da sociedade contemporânea, o domínio mínimo da linguagem é decisivo para compreender, ainda que em termos básicos, os termos da mensagem negocial. A ausência deste conhecimento mínimo da linguagem escrita constitui, evidentemente, causa de agravamento da vulnerabilidade do consumidor.

O reconhecimento desta vulnerabilidade agravada do consumidor analfabeto exige do fornecedor o reforço dos seus deveres de diligência e cuidado, especialmente no momento da contratação³¹ ou da oferta de garantias,³² sob risco inclusive de anulação do negócio em vista de vício do consentimento.³³ Com mesma razão se faça esta ponderação no caso das contratações à distância³⁴ ou a domicílio³⁵, quando embora ausente alguma comunicação inicial escrita, se utilize da condições de vulnerabilidade do consumidor para induzir-lhe em erro.

Além do momento de formação do contrato propriamente dito, a proteção do consumidor analfabeto se dá também na vedação à prática abusiva prevista no art. 39, IV, do CDC, que proíbe o fornecedor de “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. Embora ausente previsão expressa no direito brasileiro, por intermédio desta norma, deve ser reconhecida a proibição do denominado assédio de consumo, pelo qual o fornecedor se aproveita de condição de vulnerabilidade agravada do consumidor para promover a contratação, conforme reconhecido no direito europeu – art. 9.º da Diretiva 2005/29/CE.³⁶

31. TJSP, ApCiv 2015.0000719531, Rel. José Roberto Furquim Cabella, 6.ª Câmara de Direito Privado, j. 24.09.2015; TJRS, Embargos Infringentes 70064178650, 9.º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Giovanni Conti, j. 19.06.2015; TJRS, Apelação Cível 70062458138, 12.ª Câmara Cível, Rel. Mário Crespo Brum, j. 05.03.2015; TJRS, Apelação Cível 70058421066, 16.ª Câmara Cível, Rel. Catarina Rita Krieger Martins, j. 26.02.2015; TJRJ, ApCiv 0000731-15.2007.8.19.0044, 9.ª Câmara Cível, Rel. Rogério de Oliveira Souza, j. 06.07.2011.
32. TJRS, Recurso Cível 71003845179, 2.ª Turma Recursal Cível, rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, j. 21.05.2013.
33. TJSP, ApCiv 1011626-68.2015.8.26.0100, Rel. Francisco Giaquinto, 13.ª Câmara de Direito Privado, j. 18.01.2016; TJRS, Recurso Cível 71004671236, 3.ª Turma Recursal Cível, rel. Cleber Augusto Tonial, j. 23.10.2014.
34. TJRS, Recurso Cível 71004228813, 1.ª Turma Recursal Cível, rel. Lucas Maltez Kachny, j. 26.11.2013.
35. TJSP, ApCiv 0006135-78.2008.8.26.0024, rel. José Marcos Marrone, 23.ª Câmara de Direito Privado, j. 09.12.2015; TJSP, ApCiv 2015.0000867810, rel. Sá Moreira de Oliveira, 33.ª Câmara de Direito Privado, j. 16.11.2015.
36. Assim o art. 9.º da Diretiva 2005/29/CE, sobre práticas comerciais desleais: “Artigo 9.º - Utilização do assédio, da coação e da influência indevida: A fim de determinar se uma prática comercial utiliza o assédio, a coação — incluindo o recurso à força física — ou a influência indevida, são tomados em consideração os seguintes elementos: a) O momento e o local em que a prática é aplicada, sua natureza e persistência; b) O recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos; c) O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravidade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimen-

4.1.4 A vulnerabilidade agravada do consumidor deficiente.

A proteção das pessoas com deficiência é um imperativo ético-jurídico reconhecido, inicialmente, por efeito da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.³⁷ Mais recentemente, a evolução das normas internacionais sobre o tema deram causa, em 1971, da Declaração dos Direitos das Pessoas Mentalmente Retardadas. Em 1975, de sua vez, aprovou-se, também no âmbito das Nações Unidas, a Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes. Segundo esta Declaração, a expressão pessoa deficiente se aplica “a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais”. Trata-se, contudo, de um conceito em permanente evolução, destacando as dificuldades de interação da pessoa com o ambiente em condições de igualdade com quem não apresenta as mesmas características.³⁸

Da mesma forma, a Declaração da ONU, de 1975, assegura dentre outros direitos que “as pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes, qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível”. Da mesma forma, prevê que “as pessoas deficientes deverão ser protegidas contra toda exploração, todos os regulamentos e tratamentos de natureza discriminatória, abusiva ou degradante” e de que “deverão poder valer-se de assistência legal qualificada quando tal assistência for indispensável para a proteção de suas pessoas e propriedades. Se forem instituídas medidas judiciais contra elas, o procedimento legal aplicado deverá levar em consideração sua condição física e mental”. Mais recentemente, por intermédio do Decreto 6.949/2009, foi promulgada a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

No direito brasileiro, a Lei 7.853/1989 instituiu a Política Nacional para integração da Pessoa Portadora de Deficiência, a qual reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos das pessoas deficientes, bem como sua intervenção obrigatória em processos que envolvam seus interesses.³⁹

A Constituição de 1988 comprometeu-se largamente com a proteção dos direitos da pessoa com deficiência, seja assegurando seu acesso ao trabalho (art. 7.º, XXXI), definindo reserva de vagas para provimento de cargos e empregos públicos por concurso (art. 37, VIII), definindo sua habilitação e reabilitação, assim como sua integração à vida comunitária como objetivo da assistência social (art. 203, IV). O art. 208, III, da Constituição, de sua vez assegura o “atendi-

to, com o objetivo de influenciar a decisão do consumidor; d) Qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver o contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional; e) qualquer ameaça de intentar uma ação, quando tal não seja legalmente possível”.

37. OLIVEIRA, Moacyr de. Deficientes: sua tutela jurídica. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 4. São Paulo: RT, agosto/2011, p. 1051-1061.
38. FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: Um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (coord.). *Manual de direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 12-32.
39. Veja-se: MAZZILLI, Hugo Nigro. O deficiente e o Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, v. 629. São Paulo: RT, mar./1988, p. 64 – 71.

mento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”. Já em relação à criança e ao adolescente portadores de deficiência, o art. 227, § 1.º, II, da Constituição define como dever do Estado a “criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”.

O Brasil também é signatário da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, de 1999, a qual foi incorporada pelo direito interno mediante promulgação do Decreto n.º 3.956, de 08 de outubro de 2001. A definição de deficiência trazida pela convenção, amplia o conceito, referindo-se a uma “restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”. Admite-se na convenção, da mesma forma, a discriminação positiva em favor do deficiente, reconhecendo sua vulnerabilidade como causa para adoção de medidas estatais para sua integração e desenvolvimento pessoal.

É no cenário desta evolução normativa, tanto em direito interno, quanto do direito internacional, que surge mais recentemente no direito brasileiro o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 6 de julho de 2015), tendo por base a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, celebrados em Nova York em 1999, e ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, e promulgados pelo Decreto 6.949/2009. Tanto é assim que a definição do art. 2.º, caput, do Estatuto, reproduz o art. 1.º da Convenção, ao considerar “pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

Em relação ao consumidor com deficiência, sua proteção se viabiliza, inicialmente, pelo reforço dos deveres de cuidado exigíveis do fornecedor.⁴⁰ O Estatuto da Pessoa com Deficiência, contudo, estabeleceu deveres específicos a serem atendidos, em especial no tocante à informação dos consumidores com deficiência. Seu art. 69 assim estabelece: “O poder público deve assegurar a disponibilidade de informações corretas e claras sobre os diferentes produtos e serviços ofertados, por quaisquer meios de comunicação empregados, inclusive em ambiente virtual, contendo a especificação correta de quantidade, qualidade, características, composição e preço, bem como sobre os eventuais riscos à saúde e à segurança do consumidor com deficiência, em caso de sua utilização, aplicando-se, no que couber, os arts. 30 a 41 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990”. Os §§ 1.º e 2.º do mesmo artigo, de sua vez, referem: “§ 1.º Os canais de comercialização virtual e os anúncios publicitários veiculados na imprensa escrita, na internet, no rádio, na televisão e nos demais veículos de comunicação abertos ou por assinatura devem disponibilizar, conforme a compatibilidade do meio, os recursos de acessibilidade de que trata o art. 67 desta Lei, a expensas do fornecedor do produto ou do serviço, sem prejuízo da observância do disposto nos arts. 36 a 38 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. § 2.º Os fornecedores devem disponibilizar, mediante solicitação, exemplares de bulas, prospectos, textos ou qualquer outro tipo de material de divulgação em formato acessível”.

40. PIERRI, Deborah. Políticas públicas e privadas em prol dos consumidores hipervulneráveis - idosos e deficientes. Revista de direito do consumidor, v. 92. São Paulo: RT, março-abril/2014, p. 221-298.

Busca-se, portanto, proteger o consumidor com deficiência qualificando os deveres de informação e esclarecimento, especialmente quanto aos meios que os tornem acessíveis e compreensíveis, o que deve ser considerado tanto na fase pré-contratual⁴¹, quanto na execução e efeitos que se estendam para além da extinção do contrato. Esse é o sentido do art. 6.º, parágrafo único, do CDC, incluído pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que dispõe: “A informação de que trata o inciso III do *caput* deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento”. A norma regulamentar, contudo, ainda não foi editada.

Da mesma forma, em relação às informações arquivadas em bancos de dados e cadastros de consumidores, deverão se tornadas acessíveis ao consumidor com deficiência, mediante solicitação, conforme estabelece o art. 43, §6.º, do CDC, também incluído pelo Estatuto da Pessoa Com Deficiência.

Mencione-se, afinal, a renovada importância de assegurar-se o devido esclarecimento do consumidor com deficiência, em vista também da profunda alteração que se deu, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em relação a um dos meios tradicionais de proteção previsto pelo direito privado, mediante os institutos da incapacidade para o exercício de direitos. Segundo o art. 6.º, *caput*, do Estatuto, regra geral, a *deficiência não afeta a capacidade civil*. Nos mesmos termos, o art. 84 refere: “A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas”. O §4.º, do art. 84, refere então que “A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível”. Daí porque se reforça na avaliação do atendimento dos deveres, por parte dos fornecedores, de informação e esclarecimento dos consumidores com deficiência, inclusive com o uso do art. 46, do CDC, no caso de, na celebração de contrato, não ter havido “a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo”. A interpretação da regra deve considerar, em relação aos consumidores deficientes, o sentido amplo em vista da plena acessibilidade às informações constantes no contrato, tornando ineficaz a obrigação para eles quando não tenha tido oportunidade de tomar conhecimento, inclusive em razão de sua deficiência.

Tais situações, ao considerar e valorar a vulnerabilidade agravada dos consumidores com deficiência, promovem sua inclusão no mercado em condições de assegurar o atendimento a sua necessidade de fazer parte de relações de consumo pautadas pelo respeito e colaboração dos fornecedores em vista de suas dificuldades.

4.2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

O *princípio da solidariedade* não se trata de princípio exclusivo do direito do consumidor, uma vez que seu fundamento se apresenta na Constituição da República, ao estabelecer esta, dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (artigo 1.º, IV). Da mesma maneira, o artigo 170 da Constituição estabelece que “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”.

41. Neste sentido, veja-se a decisão do STJ em ação coletiva que condenou as instituições financeiras pela não oferta de informações pré-contratuais em braille, atendendo à obrigação prevista na Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: REsp 1315822/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3a Turma, j. 24.03.2015, DJe 16.04.2015.

O princípio da solidariedade, de fundamento constitucional, estabelece uma autêntica *orientação solidarista do direito*,⁴² e impõe a necessidade de se observar os reflexos da atuação individual perante a sociedade.⁴³ No direito civil atualmente, esta tem sido bastante trabalhada sob a égide da *função social do contrato*, estabelecida no artigo 421 do CC.⁴⁴ Todavia, sua presença no direito do consumidor não se restringe apenas à proteção do mais fraco nos contratos de consumo, mas adiante, a consideração dos múltiplos aspectos da relação de consumo e sua repercussão social.

Orienta-se pelo princípio da solidariedade a divisão de riscos estabelecidos pelo CDC. A regra da responsabilidade civil objetiva estendida a toda a cadeia de fornecimento (todos os fornecedores que participam do ciclo econômico do produto ou serviço no mercado) é resultado dos ditames de solidariedade social, uma vez que orienta a adoção de um critério sobre quem deve arcar com os riscos da atividade econômica no mercado de consumo, afastando a regra da culpa para imputação da responsabilidade. A responsabilidade civil do fornecedor no CDC, deste modo, apresenta um novo critério de repartição dos riscos sociais, em vista justamente, dos reflexos da sua atividade econômica frente ao mercado. Este é o caso também da proteção pelo CDC não apenas do consumidor adquirente de produto ou serviço, senão do usuário, ou daqueles que simplesmente estavam expostos ou foram vítimas de eventos decorrentes do desempenho da atividade econômica do fornecedor.

Por outro lado, o princípio da solidariedade se apresenta, sobretudo em direito privado, com o efeito de ampliar o âmbito de eficácia do contrato. O primeiro efeito percebido da função social do contrato no direito brasileiro, diz respeito ao reconhecimento de seus efeitos não apenas em relação aos contratantes, mas a terceiros que de algum modo tomam contato com o objeto pactuado. Trata-se de uma superação da regra romana, segundo a qual *res inter alios acta alius neque nocere neque prodesse potest* (o negociado entra as partes não podem nem prejudicar nem beneficiar terceiros).⁴⁵ Neste sentido, como refere o Antônio Junqueira de Azevedo, embora não sejam partes dos contratos, *os terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse*,⁴⁶ distinguindo daí as noções de *relatividade* e *oponibilidade* com relação aos contratos. De acordo com esta distinção, embora os contratos produzam seus efeitos em relação aos contratantes, na relação de débito/crédito, débito/responsabilidade, *sua existência é oponível a todos*,⁴⁷ de modo que todo aquele que contribua para o seu descumprimento, sejam partes ou terceiros, responderá pelos prejuízos que causar. Da mesma forma, segundo lição do direito comparado,

42. FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 127-150.

43. TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-16.

44. MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 56. São Paulo: RT, out.-dez. 2005. p. 22-45.

45. MIRAGEM. Diretrizes interpretativas da função social..., p. 33-37.

46. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui com o inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: RT, 2004. p. 137-147.

47. GHESTIN, Jacques. Introduction. In: FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques. *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*. Paris: LGDJ, 1992. p. 11-18.

há um gradativo abandono da relatividade da falta contratual,⁴⁸ de modo a permitir o ressarcimento de todos quanto sejam diretamente prejudicados, o que é especialmente importante em direito do consumidor com relação à extensão da responsabilidade solidária a todos os que vinculados contratualmente entre si (contratos conexos), contribuem para o inadimplemento do consumidor.

Assim, por exemplo, a situação de contrato celebrado entre segurado e seguradora, na qual tendo existido a inadimplência do primeiro, e ocorrido o sinistro, sendo provada a falta de meios do culpado para o pagamento, autorizou-se em caráter excepcional a ação direta⁴⁹ da vítima contra a seguradora.⁵⁰ Da mesma forma contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, entre o construtor e o agente financeiro, visando ao financiamento da obra, e no qual foi dado em garantia o respectivo terreno onde esta seria levada a efeito. O adquirente do imóvel, que contratara com o construtor a aquisição do bem, pagou a este o valor devido. O construtor, contudo, não realizou o pagamento da dívida com o agente financeiro, razão pela qual este decide executar a garantia hipotecária. Tendo sido opostos embargos pelos adquirentes do bem, então, decidiu o STJ em acórdão do Ministro Ruy Rosado de Aguiar,⁵¹ pela minoração dos efeitos relativos do contrato, apontando que o agente financeiro, uma vez tendo

48. WINTGEN, Robert. *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*. Paris: LGDJ, 2004, p. 282 et seq.

49. A possibilidade da ação direta contra a seguradora, já é admitida em vários sistemas europeus, dentre os quais. Neste sentido, vejam-se os estudos reunidos na obra organizada por GHESTIN/FONTAINE, dentre as quais: CORBISIER, Isabelle. *A la recherche d'une action directe en droit allemand des obligations et des assurances*, p. 325-334.

50. Assim decidiu o STJ: "*Denúnciação da lide. Seguradora. Execução da sentença*. 1. A impossibilidade de ser executada a sentença de procedência da ação de indenização contra a devedora, porque extinta a empresa, permite a execução diretamente contra a seguradora, que figurara no feito como denunciada a lide, onde assumira a posição de litisconsorte. 2. Não causa ofensa ao artigo 75, I, CPC, o acórdão que assim decide. Recurso não conhecido (STJ, REsp 97.590/RS, j. 15.10.1996, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJU 18.11.1996 p. 44.901).

51. STJ, REsp 187.940, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar Júnior, j. 18.02.1999; DJU 21.06.1999, p. 164. No caso específico em comento, não houve a menção expressa à função social do contrato. Em acórdãos mais recentes do STJ, contudo, decisões do mesmo sentido, do Ministro Luis Fux, tem feito referência expressa ao princípio como fundamento das suas decisões. Assim: "*Alienação de imóvel financiado pelo SFH. Mútuo hipotecário. Conhecimento do agente financeiro. Presunção de consentimento tácito*. 1. É cedição na Corte que "passando o agente financeiro a receber do cessionário as prestações amortizadoras do financiamento, após tomar conhecimento da transferência do imóvel financiado a termo, presume-se que ele consentiu tacitamente com a alienação" (EREsp 70.684, rel. Min. Garcia Vieira, DJ 14.02.2000). 2. A alienação do imóvel objeto do contrato de mútuo operou-se em 1989, quando ainda inexistia exigência legal de que o agente financeiro participasse da transferência do imóvel, não estando a mesma vedada por nenhum dispositivo legal. Consequentemente, inaplicáveis as regras contidas na Lei 8.004/1990, que obriga a intervenção do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda. 3. Situação fática em que o credor (Banco Itaú) foi notificado em três ocasiões sobre a transferência do contrato. Embora tenha manifestado sua discordância com o negócio realizado, permaneceu recebendo as prestações até o mês de abril de 1995, ensejando a anuência tácita da transferência do mútuo. 4. Consoante o princípio *pacta sunt servanda*, a força obrigatória dos contratos há de prevalecer, porquanto é a base de sustentação da segurança jurídica, segundo o vetusto Código Civil de 1916, de feição individualista, que privilegiava a autonomia da vontade e a força obrigatória das manifestações volitivas. Não obstante, esse princípio sofre mitigação, uma vez que sua aplicação prática está condicionada a outros fatores, como v.g., a função social, as regras que beneficiam o

sido interrompidos os pagamentos, “deveria reconhecer a eficácia em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes, e para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subsequentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador”.⁵²

Percebe-se nestas situações, a flexibilização da separação absoluta do terceiro em relação ao contrato, com a *superação da dicotomia entre as partes e o terceiro*. Neste contexto, a releitura do princípio da relatividade a luz do princípio da solidariedade e da função social do contrato conduz a duas consequências principais: quando alguém que não participe do contrato (terceiro) sofra as consequências do seu inadimplemento, e a hipótese inversa, quando terceiro contribua para o inadimplemento contratual por parte do devedor.⁵³

Da mesma forma se observa com respeito às relações externas do contrato, quando, além dos direitos e deveres que credor e devedor opõem-se mutuamente por força do princípio da relatividade, poderão ser identificados tanto *efeitos em relação a terceiros*, quanto *efeitos frente ao mercado*.⁵⁴ Neste sentido, podem existir situações nas quais, em face de um determinado contrato, legitime-se a pretensão de terceiro que mantenha um segundo contrato com um dos contratantes originários, para que possa demandar o outro pelo descumprimento sucessivo do seu contrato em razão de situação ocorrida no primeiro pacto. Ricardo Lorenzetti cita neste caso a relação contratual existente entre franqueador e franqueado, a qual poderá outorgar a quem realize contrato com este último, a prerrogativa de demandar contra o primeiro na hipótese de ele ter dado causa ao descumprimento.⁵⁵ Da mesma forma não se desconsidera a hipótese nas chamadas *redes contratuais*,⁵⁶ em que a prestação final ao último contratante dependa de uma série de contratações anteriores levadas a efeito por outros agentes econômicos, de modo que se possa reconhecer a pretensão ao último contratante que tenha sido prejudicado, para acionar aquele que tenha dado causa ao inadimplemento da prestação, independente da existência de contrato entre o agente econômico que deu causa ao prejuízo e a vítima.

O princípio da solidariedade, assim, apresenta-se como importante princípio informador do direito do consumidor, uma vez que promove a repartição de riscos sociais em vista da melhor satisfação dos consumidores vítimas de eventos no mercado de consumo, assim como fomenta uma nova compreensão do contrato para além dos efeitos tradicionais e exclusivos entre os contratantes, mas igualmente frente ao mercado e a terceiros.

4.3 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

O princípio da boa-fé constitui-se em um dos princípios basilares do direito do consumidor, assim como no direito privado em geral. A boa-fé está prevista expressamente no artigo 4.º,

aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.” (STJ, EDcl no REsp 573.059/RS, j. 03.05.2005, rel. Min. Luiz Fux, DJU 30.05.2005, p. 216).

52. FERREIRA DA SILVA. A função social dos contratos..., p. 143-144.

53. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 229.

54. LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*, t. I. 2. ed. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2004. p. 84.

55. LORENZETTI. *Tratado de los contratos*, t. I, p. 86.

56. Para o tema, veja-se: LORENZETTI, Ricardo. *Redes contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros*. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, p. 161 et seq. Porto Alegre: Síntese, 1999.

III, do CDC. É necessário distinguir, todavia, entre a *boa-fé subjetiva* e a *boa-fé objetiva*. Quando se trata do princípio da *boa-fé*, faz-se referência, necessariamente à *boa-fé objetiva*. Isto porque a *boa-fé subjetiva* não se trata de princípio jurídico, mas tão somente de um *estado psicológico* que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático presente em certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos.⁵⁷ A *boa-fé subjetiva*, neste sentido, diz respeito, invariavelmente, à ausência de conhecimento sobre determinado fato, ou simplesmente a falta da intenção de prejudicar outrem (assim, por exemplo, quando se diga que determinada pessoa “agiu de *boa-fé*”).

A *boa-fé objetiva*, que se constitui em princípio do direito do consumidor e do direito privado em geral, tem sua origem remota no direito alemão, por intermédio do parágrafo 242, do Código Civil de 1900 (BGB). Este determina que os contratantes devem comportar-se de acordo com a *boa-fé* e os usos do tráfico. O desenvolvimento posterior desta cláusula geral de *boa-fé* vai defini-la como fonte de deveres jurídicos não expressos, ou seja, deveres que não estão estabelecidos na lei ou no contrato, mas que decorrem da incidência do princípio sobre uma determinada relação jurídica, implicando o reconhecimento de deveres jurídicos de conduta. Segundo ensina Karl Larenz, “o princípio da *boa-fé* significa que cada um deve guardar fidelidade com a palavra dada e não frustrar a confiança ou abusar dela, já que está forma a base indispensável de todas as relações humanas”.⁵⁸ Para sua aplicação, por outro lado, vai reclamar um juízo valorativo segundo o que o momento e o lugar exijam, de acordo com as “exigências geralmente vigentes de justiça”.⁵⁹

Assim, o princípio da *boa-fé objetiva* implica a exigência nas relações jurídicas do respeito e da lealdade com o outro sujeito da relação, impondo um dever de correção e fidelidade, assim como o respeito às expectativas legítimas geradas no outro. O exercício da liberdade de contratar, ou dos direitos subjetivos de que se é titular por força da lei ou do contrato, não podem se dar em vista, exclusivamente, dos interesses egoísticos de uma das partes. Ao contrário, a *boa-fé objetiva* impõe que ao atuar juridicamente, seja levado em consideração também os legítimos interesses alheios, de modo a evitar seu desrespeito. Neste sentido, como ensinou Clóvis do Couto e Silva, a aplicação do princípio da *boa-fé* tem uma função harmonizadora, conciliando o rigorismo lógico-dedutivo do século XIX, com as exigências éticas dos tempos atuais.⁶⁰ São três, basicamente, as funções do princípio da *boa-fé objetiva*: a) *fonte autônoma de deveres jurídicos*; b) *limite ao exercício de direitos subjetivos*; e c) *critério de interpretação e integração dos negócios jurídicos*.⁶¹

-
57. Assim, por exemplo, as regras do Código Civil sobre os efeitos da posse de *boa-fé* sobre a existência ou não do possuidor sobre os frutos da coisa (artigo 1.214 do CC); ou ainda o requisito de *boa-fé* para a aquisição da propriedade por usucapião. Em ambos os casos, trata-se de falta de conhecimento do possuidor sobre um determinado vício que inquinava sua posse, de modo a torná-la irregular ou injusta.
58. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Trad. Jaime Santos Brinz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1958, p. 142.
59. LARENZ. *Derecho de obligaciones*, p. 143.
60. COUTO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Porto Alegre: UFRGS, 1964. p. 43.
61. Com a vigência do Código Civil de 2002, também no direito civil passou-se a contar com o reconhecimento expresso do princípio da *boa-fé objetiva*, nos artigos 113, 187 e 422 da nova Lei. O artigo 113 prevendo sua função interpretativa. O artigo 187 reconhecendo-a como limite ao exercício dos direitos subjetivos. E o artigo 422, indicando-a como fonte autônoma de deveres jurídicos.

Nas relações obrigacionais o princípio da boa-fé implicará a mudança da própria forma como estas são compreendidas.⁶² Em primeiro lugar, há a identificação da relação obrigacional não como algo estático, mas sim dinâmico, pressupondo a existência de uma fase de nascimento da obrigação e desenvolvimento dos deveres das partes, e outra do seu adimplemento.⁶³ Neste sentido, a conduta de acordo com a boa-fé, agindo com lealdade em relação aos outros, deve ser observada mesmo antes da formalização de uma determinada relação e, do mesmo modo, estende-se para além do momento de sua extinção formal.

Assim, por exemplo, ao considerar-se um contrato, a boa-fé objetiva impõe deveres tanto antes da sua celebração formal – como os deveres de informar corretamente, ou realizar uma oferta clara, sem equívocos – assim como durante a execução e após sua extinção, podendo permanecer, findo o ajuste, deveres a serem respeitados pelas partes (por exemplo, a garantia contra vícios).

Da mesma forma, a incidência da boa-fé implica a multiplicação de deveres das partes. Assim, são observados não apenas os deveres principais da relação obrigacional (o dever de pagar o preço ou entregar a coisa, por exemplo), mas também deveres anexos ou laterais, que não dizem respeito diretamente com a obrigação principal, mas sim com a satisfação de interesses globais das partes, como os deveres de cuidado, providência, segurança, cooperação, informação, ou mesmo os deveres de proteção e cuidado relativos à pessoa e ao patrimônio da outra parte.⁶⁴

No direito do consumidor a eficácia do princípio da boa-fé objetiva é percebida sob diferentes aspectos. No que se refere ao contrato de consumo, o efeito vinculante do fornecedor em razão da oferta e da publicidade que faz veicular é resultado típico da incidência do princípio da boa-fé, na medida em que a protege a legítima expectativa gerada pela informação. Da mesma forma, a sanção que o CDC estabelece para a falta de informação, por intermédio do seu artigo 46, o qual estabelece que os contratos não obrigam os consumidores “se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

O princípio da boa-fé impõe ao fornecedor, neste sentido, um *dever de informar qualificado*, uma vez que não exige simplesmente o cumprimento formal do oferecimento de informações, senão o dever substancial de que estas sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor. Neste âmbito é que podem se desenvolver, de acordo com as peculiaridades da relação de consumo de que se trate, modos específicos sobre como devem ser cumpridas as exigências do princípio da boa-fé. É o caso do *dever de esclarecimento*, pelo qual o fornecedor é obrigado a informar sobre os riscos do serviço, as situações em que o mesmo é prestado, sua forma de utilização, dentre outros aspectos relevantes da contratação.⁶⁵ Da mesma forma, o *dever de aconselhamento*, reconhecido nas relações de consumo existentes entre um profissional especialista e um não especialista, implicando no fornecimento das informações suficientes para que o consumidor possa realizar de modo livre e consciente acerca de todas as consequências possíveis, a decisão sobre qual o conteúdo do contrato que irá estabelecer.⁶⁶

62. Assim também no direito norte-americano, a partir do reconhecimento de um dever de boa-fé (*duty of good faith*), e sua caracterização como fonte de redistribuição de riscos contratuais e de obrigação de melhores esforços (*best efforts*). Conforme: MURPHY, Edward J.; SPEIDEL, Richard E.; AYRES, Ian. *Studies in contract law*. 5th ed. Westbury, NY: The Foundation Press, Inc., 1997. p. 765.

63. COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, p. 47.

64. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 66-67.

65. MARQUES. *Contratos...*, 3. ed., p. 112.

66. *Idem*, p. 112.

No que se refere aos *deveres de proteção e cuidado com relação à pessoa e ao patrimônio da outra parte*, o CDC igualmente prevê este efeito decorrente do princípio da boa-fé ao consagrar os direitos do consumidor a saúde e segurança, e ao estabelecer, em consequência, o dever do fornecedor de respeitá-los (artigos 8.º a 10 do CDC). A própria estrutura da relação de responsabilidade civil no CDC reflete esta ideia, ao distinguir entre a responsabilidade pelo *fato* do produto ou do serviço, e a responsabilidade pelo *vício* do produto ou do serviço, em razão do interesse tutelado do consumidor. No primeiro caso, protegendo-se a *segurança do consumidor* (artigos 12 a 14), e no segundo a *finalidade* pretendida por ele na realização do contrato de consumo (artigos 18 a 20).

Por fim, percebe-se, igualmente a eficácia do princípio da boa-fé objetiva em diversas situações em que o CDC expressamente limita o exercício da liberdade negocial e o exercício de direitos pelas partes de uma relação de consumo. A eficácia da boa-fé em matéria de exercício de direitos subjetivos é amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência. O mestre português Antônio Menezes Cordeiro, ao examinar as figuras típicas que resultam da limitação ao exercício de direitos, relaciona a *exceptio doli*, o *venire contra factum proprium*, a *supressio*, a *surrectio* e o *tu quoque*. A *exceptio doli* aparece como sendo a faculdade potestativa de paralisar o comportamento de outra parte na hipótese de dolo.⁶⁷ O *venire contra factum proprium* configura-se na proibição do comportamento contraditório.⁶⁸ Ou seja, a proibição a que alguém que, tendo se conduzido de determinada maneira em razão da qual deu causa a expectativas legítimas da outra parte, venha a frustrar esta expectativa em razão de comportamento diverso e inesperado. A *supressio* caracteriza-se como a situação na qual um direito subjetivo que, não tendo sido exercido em certas circunstâncias, durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por contrariar a boa-fé.⁶⁹ Em sentido parcialmente contrário, a *surrectio* é caracterizada como o fenômeno pelo qual há o surgimento de um direito não existente antes de forma jurídica, mas que era socialmente tido como presente.⁷⁰ Já o *tu quoque* caracterizar-se pela regra segundo a qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, sem que se caracterize abuso, exercer a situação jurídica que esta mesma norma violada lhe tenha atribuído.⁷¹ Ou seja, recusa-lhe a possibilidade de que aja com pesos e medidas distintos em situações que lhe prejudicam e beneficiam, tomando em consideração uma mesma regra.

Em direito do consumidor, todavia, o efeito típico do princípio da boa-fé em matéria de limitação do exercício de liberdade ou direito subjetivo constitui-se em um preceito de proteção do consumidor, em face da atuação abusiva do fornecedor. A proteção do consumidor em relação ao abuso do direito por parte do fornecedor aparece em diversos momentos como a proibição da publicidade abusiva (artigo 37, § 2.º), das práticas abusivas (artigo 39), assim como da cominação de nulidade absoluta às cláusulas contratuais abusivas. Nestes casos, todavia, além do conteúdo material da conduta propriamente dita, o caráter abusivo é assinalado pela existência de posição dominante do fornecedor em face da vulnerabilidade do consumidor.⁷² O caráter abusivo e a contrariedade à boa-fé resultam do fato do fornecedor ter se aproveitado da

67. MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Lisboa: Almedina, 2001, p. 740.

68. *Idem*, p. 742 *et seq.*

69. *Idem*, p. 797.

70. *Idem*, p. 816.

71. *Idem*, p. 837.

72. MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito: ilicitude objetivo no direito privado brasileiro. *RT*, v. 742. São Paulo: RT, dez. 2005, p. 111 *et seq.*

sua posição de força perante o consumidor para impor-lhe condições desfavoráveis e, neste sentido, violar os deveres de consideração impostos pelo princípio.

4.4 PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, e o caráter desigual com que este se relaciona com o fornecedor, ressaltam a importância do princípio do equilíbrio no direito do consumidor. Este parte, exatamente, do pressuposto da vulnerabilidade do consumidor e, portanto, sustenta a necessidade de reequilíbrio da situação fática de desigualdade por intermédio da tutela jurídica do sujeito vulnerável. Da mesma forma, o princípio do equilíbrio incide sobre as consequências patrimoniais das relações de consumo em geral para o consumidor, protegendo o equilíbrio econômico das prestações do contrato de consumo.

Segundo ensina Laurence Fin-Langer, o princípio do equilíbrio pode ser visto desde um sentido descritivo, no qual constitui a explicação das normas de direito positivo que protegem o equilíbrio contratual, assim como em um sentido normativo, estabelecendo ele próprio uma conduta devida a ser observada pelas partes no direito dos contratos.⁷³ Em direito do consumidor este caráter descritivo decorre da interpretação e aplicação das normas que sustentam a proteção do equilíbrio do contrato, como é o caso do artigo 5.º, V, e o artigo 51, ambos do CDC. Já no que se refere ao seu caráter normativo, o princípio impõe que se estabeleça a proteção do equilíbrio das partes, sendo considerado como critério de interpretação das normas legais e do próprio contrato, assim como nas hipóteses de integração do negócio jurídico (artigo 51, § 2.º), no preenchimento de eventuais lacunas.

Assim, é possível identificar dentre os efeitos básicos do princípio do equilíbrio sobre as relações de consumo: a) a proteção da posição do consumidor em face da sua vulnerabilidade; b) a proteção do equilíbrio econômico do contrato. Projeta-se, assim, como desenvolvimento do princípio da igualdade substancial presente da Constituição da República.⁷⁴

A proteção da posição do consumidor em face de sua vulnerabilidade desenvolve-se basicamente a partir da limitação do campo de atuação do fornecedor, por conta de sua posição dominante, estabelecendo uma proibição geral ao abuso do direito.⁷⁵ Neste sentido, o artigo 6.º, IV, estabelece o direito básico do consumidor à “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”. No caso das cláusulas abusivas isto é representativo quando se observa que serão consideradas nulas pelo CDC não apenas as cláusulas contratuais relativas ao equilíbrio econômico das prestações das partes, mas também aquelas que “coloquem o consumidor em desvantagem exagerada” (artigo 51, IV), independente do caráter desta desvantagem, como é o caso da cláusula de eleição de foro diverso do domicílio do consumidor,⁷⁶ ou a que pré-autoriza de modo amplo o fornecedor a agir em nome do consumidor para satisfazer interesse preponderante do representante (cláusula-mandato).

73. FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: LGDJ, 2002. p. 399-404.

74. Neste sentido: JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado..., p. 137-147. No mesmo sentido: NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006. p. 157-158.

75. LHereux, Nicole. *Droit de la consommation*. 4. ed. Québec: Editions Yvon Blais, 1993. p. 16-17.

76. Assim decide o STJ: “*Conflito de competência. Ação de busca e apreensão. Contrato de financiamento. Alienação fiduciária. Cláusula de eleição de foro. Abusividade. Incidência do Código de Defesa do Consu-*

O equilíbrio da relação entre consumidor e fornecedor, de outro modo, é protegido não apenas com relação ao contrato, senão também com relação à responsabilidade civil extracontratual (pela regra da responsabilidade objetiva, sem culpa), assim como pelo equilíbrio processual das partes, garantido pelo papel ativo do juiz na lide, mas principalmente pela possibilidade de inversão do ônus da prova.

Por outro lado, o princípio do equilíbrio das relações de consumo também incide na proteção do equilíbrio econômico do contrato entre consumidor e fornecedor. Conforme ensina Teresa Negreiros: "A ênfase no tratamento paritário, em substituição à ênfase na liberdade não deixa de representar uma escolha com colorações valorativas. No domínio das relações contratuais, a concepção de justiça, outrora formulada em termos de autonomia e liberdade, altera-se profundamente à luz do princípio do equilíbrio econômico. Em lugar da liberdade, ressalta o valor social da liberdade e do equilíbrio que (...) aproxima a justiça contratual de uma certa tradição filosófica, a qual considera a regra da justiça uma regra de distribuição paritária, proporcional, e nesta medida, uma regra, em todos os seus sentidos e projeção social".⁷⁷

A rigor, desde o direito romano há preocupação do direito com o equilíbrio econômico do contrato, o que se traduziu pelo desenvolvimento do instituto da lesão enorme ao longo da história do direito privado.⁷⁸ Inicialmente, e até hoje, em face da previsão do artigo 157 do CC, a lesão exigirá – ao lado do equilíbrio objetivo do contrato – a presença de elemento subjetivo (inexperiência ou necessidade da parte prejudicada), da mesma forma como ocorre nas soluções de direito estrangeiro.⁷⁹

Com a percepção crescente sobre a necessidade de proteção da utilidade das trocas econômicas, e no caso dos contratos de consumo, a posição vulnerável do consumidor, desenvolveram-se novas formas de proteção, com gradativo afastamento do elemento subjetivo original (vontade, inexperiência, necessidade), de modo a aproximar-se de uma concepção vinculada à proteção do interesse útil do contrato.

O artigo 6.º, V, estabelece o direito básico do consumidor à "modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos su-

midor. Possibilidade de reconhecimento de ofício. Precedentes. 1. Em se tratando de relação de consumo, tendo em vista o princípio da facilitação de defesa do consumidor, não prevalece o foro contratual de eleição, por ser considerada cláusula abusiva, devendo a ação ser proposta no domicílio do réu, podendo o juiz reconhecer a sua incompetência *ex officio*. 2. Conflito conhecido e declarado competente o juízo de direito da 3.ª Vara Cível de Macaé/RJ, o suscitante" (STJ, CComp 48.097/RJ, j. 13.04.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 04.05.2005, p. 153). Assinale-se, contudo, o entendimento do STJ de que a abusividade da cláusula de eleição de foro depende da caracterização, *in casu*, da violação do equilíbrio contratual, em prejuízo do consumidor: "Conflito de competência. Foro de eleição em contrato. Pelo Código de Defesa do Consumidor, o que afasta a eficácia de cláusula pactuada, caracterizando-a como abusiva e tornando-a nula de pleno direito, é a excessividade do ônus que acarreta. Ausente a demonstração da excessividade onerosa ao adquirente de equipamento médico de vultoso valor, capaz de conduzi-lo a desvantagem exagerada, mantida há de ser a cláusula acordada. Competência do juízo do foro de eleição, ficando prejudicado o agravo, por perda do objeto" (STJ, CComp 40.450/SP, j. 26.05.2004, rel. Min. Castro Filho, DJU 14.06.2004, p. 155).

77. NEGREIROS. *Teoria do contrato...*, p. 169.

78. Para detalhes, veja-se, por todos, o precursor do tema no direito brasileiro: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 13 *et seq.*

79. Neste sentido preveem os Códigos Civis alemão (1900), italiano (1942) e português (1966). Para tanto, veja-se o estudo de BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 193.

pervenientes que as tornem excessivamente onerosas". No caso, o CDC supera a tradicional visão do direito civil que autoriza a revisão dos contratos apenas na hipótese de imprevisão (quando "em face de fatos supervenientes e imprevisíveis", como refere o artigo 317 do CC). Consagra, neste sentido, ampla possibilidade de revisão contratual quando esteja comprometido o equilíbrio econômico do contrato, esteja o desequilíbrio presente no momento da celebração do contrato ou em momento posterior. No caso, preserva-se na hipótese a *justiça contratual*, superando a exigência do requisito subjetivo (a imprevisibilidade), uma vez que busca tutelar exclusivamente a proteção do *signalagma* (equilíbrio) entre as prestações. Para tanto, admite inclusive a redução do negócio jurídico, com a decretação da nulidade apenas da cláusula contratual abusiva que causa o desequilíbrio (artigo 51, § 2.º, do CDC), sem a necessidade de anulação ou rescisão do negócio, como é a solução admitida pelo direito civil.

O princípio do equilíbrio em direito do consumidor, assim, revela-se ao lado do princípio da vulnerabilidade, como resultado do reconhecimento da desigualdade do consumidor nas relações de consumo, e a necessidade de sua proteção pelo direito, cuja finalidade específica será a de garantir o equilíbrio dos interesses entre consumidores e fornecedores.

4.5 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO DO ESTADO

O princípio da intervenção do Estado resulta do reconhecimento da necessidade da atuação do Estado na defesa do consumidor. A Constituição brasileira, ao consagrar o direito do consumidor como direito fundamental, o faz impondo ao Estado do dever de defesa deste direito.⁸⁰ Neste sentido, impõe que por intermédio da lei, intervenha no sentido de proteção do interesse do consumidor. Assim, não se exige do Estado a neutralidade ao arbitrar, via legislativa ou judicial, as relações entre consumidores e fornecedores. Ao contrário, o dever estatal de defesa do consumidor faz com que, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, nesta condição, estabeleça aos consumidores uma série de direitos subjetivos e aos fornecedores os respectivos deveres de respeitar e realizar tais direitos.

Esta situação resulta da nova concepção de Estado vigente, afastando-se da concepção originária do Estado Liberal, no qual este se limitava ao papel de árbitro dos conflitos interindividuais. Passa, então, a ter um papel ativo no processo econômico e social, inclusive com a tarefa precípua de organizar e recompor os diversos interesses presentes na sociedade.⁸¹ Para tanto, a previsão de novos direitos fundamentais sociais e econômicos faz deste novo Estado Social um partícipe ativo na proteção e realização destes novos interesses. E como ensina J.J. Gomes Canotilho, "as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas, e não em promessa vagas e abstratas".⁸² Neste sentido, igualmente observa Eros Roberto Grau, para quem não configuram as medidas de defesa do consumidor meras expressões de ordem pública, senão que "sua promoção há de ser lograda mediante a implementação de específica normatividade e das medidas de caráter interventivo".⁸³

80. A respeito, veja-se: NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 71 et seq.

81. ALMEIDA, João Batista de. *Proteção jurídica do consumidor*, p. 28.

82. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 440.

83. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 218.

O artigo 4.º, II, do CDC, estabelece que a ação governamental na defesa do consumidor será feita: "a) por iniciativa direta; b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; c) pela presença do Estado no mercado de consumo; d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho". Da mesma forma, o artigo 5.º vai referir que esta atuação do Estado vai se dar, sem prejuízo de outros instrumentos, pela: "I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor".

No plano interno da relação de consumo, um dos efeitos mais sensíveis da intervenção do Estado é a limitação da eficácia jurídica da declaração da vontade do consumidor, visando a sua própria proteção. Considerando a vulnerabilidade do consumidor, e as características atuais do mercado de consumo, há por intermédio do CDC uma limitação da eficácia jurídica da declaração de vontade do consumidor, com vista a evitar seu comprometimento com disposições contratuais que lhe sejam prejudiciais (cláusulas abusivas, por exemplo), ou ainda que não lhe tenham sido suficientemente informadas (o artigo 46 do CDC, estabelece que os contratos de que não tenha sido dado conhecimento prévio, não obriga o consumidor).

O princípio da intervenção do Estado se apresenta, por outro lado, pela função determinada a Instituições Públicas, como Ministério Público e Órgãos Administrativos de defesa dos interesses dos consumidores, de atuar na proteção, implementação e efetividade dos direitos deste sujeito vulnerável, caracterizando-se como efeito do dever fundamental do Estado, estabelecido na Constituição da República.

4.6 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Na experiência brasileira uma das grandes preocupações quanto ao seu sistema jurídico é o da efetividade da aplicação das normas integrantes do ordenamento jurídico. O problema da efetividade alcança, entre nós, tanto a questão do mero respeito à lei, quanto o alcance dos seus resultados concretos.⁸⁴ São conhecidas as situações de desrespeito ou simples desconsideração da existência da lei, assim como os vários expedientes possíveis para evitar que ela produza os resultados concretos concebidos quando da sua elaboração.

Consciente desta realidade, o legislador do CDC, em mais de uma oportunidade, indicou a necessidade de que a aplicação da norma deve ter em vista a proteção efetiva, ou eficiente, do consumidor. É o caso do artigo 4.º, VI, do CDC, que determina a "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". Da mesma forma o artigo 6.º, V,

84. Tercio Sampaio Ferraz Júnior distingue, para a efetividade da norma, sobre a necessidade da presença de requisitos fáticos ou técnicos-normativos, ou seja, se a norma jurídica simplesmente não é seguida espontaneamente por seus destinatários, ou se também não é exigida pelos tribunais, que por isso não sancionam sua violação. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 199.

estabelece entre os direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

Independentemente da referência expressa à efetividade da defesa do consumidor, percebe-se pelas normas do CDC uma preocupação evidente com a efetividade da tutela legal. Neste sentido orientam-se, por exemplo, as normas relativas à estipulação da responsabilidade solidária dos fornecedores pelos danos causados ao consumidor, a ampla previsão da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, além das hipóteses tradicionalmente admitidas, “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (artigo 28, § 5.º).

Da mesma forma orientam-se as normas processuais previstas no CDC, prevendo a possibilidade da tutela coletiva de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Complementando estas normas, previu o legislador a legitimação ativa para interposição das ações, bem como a ampliação dos efeitos da coisa julgada e as novas possibilidades de liquidação e execução da sentença decorrente destes processos. Igualmente, encontram-se as amplas competências administrativas conferidas ao Estado para regulação, fiscalização e controle do mercado de consumo, assim como a criação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, integrando os Órgãos e Entidades com tal finalidade em todo o território nacional.

Em todos estes casos, observa-se a finalidade precípua do legislador, de assegurar a real aplicação das normas do CDC, buscando, com isso, alcançar os resultados práticos pretendidos pela norma. A presença de múltiplos Órgãos e Entidades, públicos e privados, assim como a multiplicação das técnicas de tutela de direitos (judicial, administrativa), e a adoção de novos instrumentos visando à proteção *in concreto* dos direitos dos consumidores, revelam uma estratégia legislativa clara em benefício da efetividade da norma.

Por outro lado, o princípio da efetividade incide também sobre os processos de tomada de decisão de todas as autoridades (judiciais ou administrativas) que se ocupam da aplicação das normas do CDC, determinando-lhes, dentre as diversas possibilidades de ação ou decisão, a opção necessária por aquela que proteja de modo mais efetivo o direito dos consumidores, o que resulta, em última análise, do dever de oferecer *máxima efetividade*⁸⁵ ao direito fundamental de defesa do consumidor.

4.7: PRINCÍPIO DA HARMONIA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O princípio da harmonia das relações de consumo é previsto no artigo 4.º, III, do CDC, ao referir-se à “harmonização dos interesses dos participantes da relação de consumo”, no caso o consumidor e o fornecedor. A noção de harmonia de interesses das partes, na verdade, apresenta-se no direito já quando, com fundamento na boa-fé, considera-se na relação jurídica moderna, que os interesses de seus sujeitos não são contrapostos, mas complementares, com vista a sua satisfação, levando a relação obrigacional à extinção.⁸⁶

A harmonia indicada pelo CDC, todavia, pressupõe a igualdade substancial das partes, razão pela qual suas normas, na medida em que protegem o consumidor, devem ter por objeti-

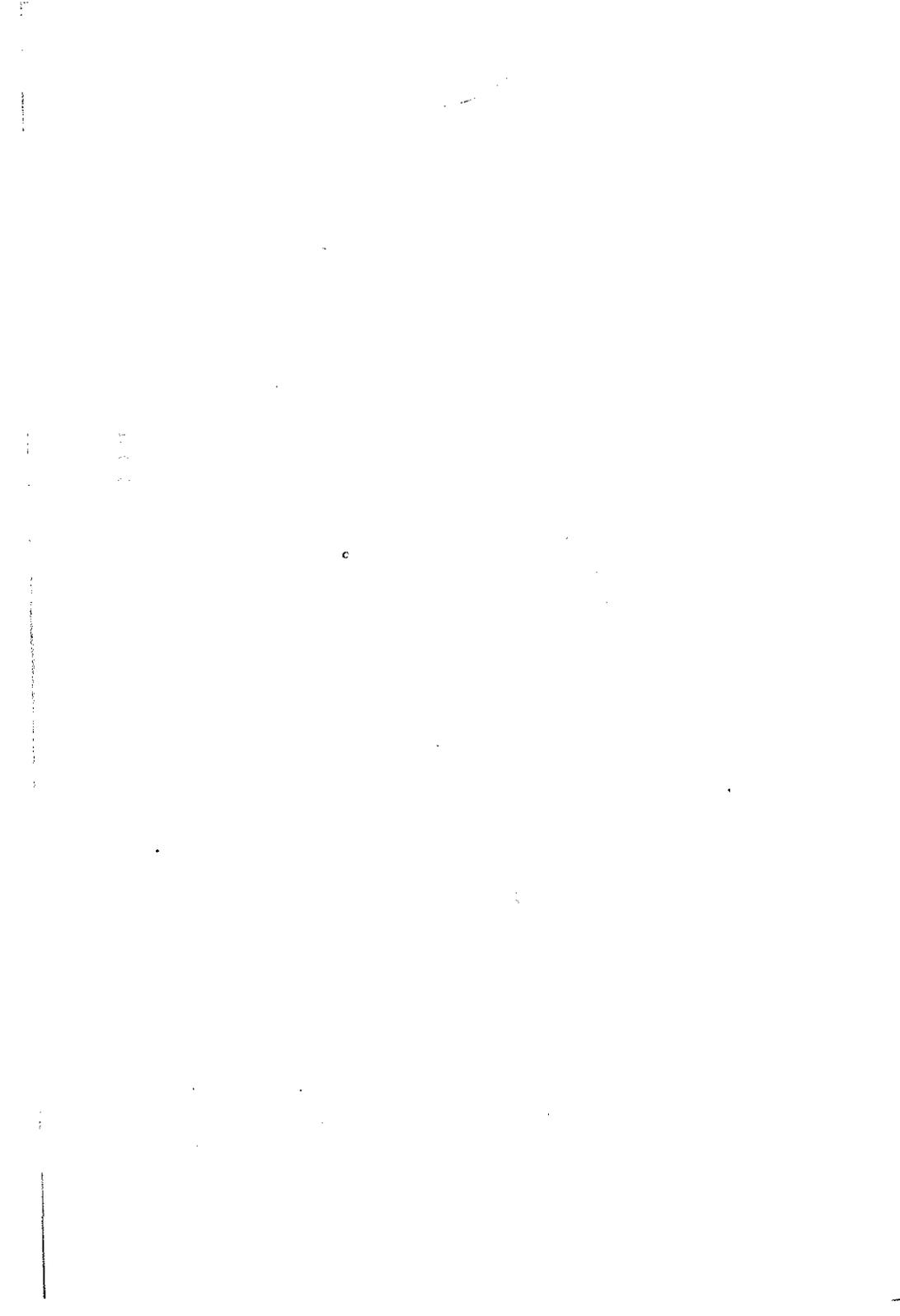
85. Sobre o dever dos agentes públicos e dos particulares de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais, veja-se a obra de: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 381.

86. Neste sentido: COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, p. 11-12.

vo a garantia desta igualdade material. Contudo, a proteção da harmonia e do equilíbrio, da mesma forma, não impõe ao fornecedor gravames excessivos, mas exclusivamente aqueles vinculados à natureza de sua atividade e à proteção dos interesses legítimos dos sujeitos da relação. Neste sentido, é válido considerar que o CDC protege o consumidor de boa-fé, não aquele que se oculta por trás de suas normas para a obtenção de vantagens indevidas. Assim é, por exemplo, na situação em que as normas de proteção do CDC autorizam o enriquecimento do consumidor em detrimento do fornecedor. São os casos da obrigação de devolução em dobro de valores cobrados indevidamente (artigo 42, parágrafo único), ou ainda quando estabelece que o produto ou serviço oferecido enviado ao consumidor sem prévio consentimento seu desobriga o pagamento (artigo 39, parágrafo único). Nestes casos, o eventual enriquecimento do consumidor decorre de uma conduta abusiva do fornecedor, e neste sentido é vislumbrado como sanção deste comportamento. Em outros casos, como a hipótese de decretação da cláusula abusiva, o direito do consumidor à manutenção do negócio jurídico só se realiza quando o contrato vier a tornar-se equilibrado sem a cláusula nula, ou ainda quando o juiz realizar sua integração. Caso contrário, resultando um desequilíbrio insanável apesar dos *esforços de integração do juiz* (artigo 51, § 2.º), haverá o reconhecimento da invalidade de todo o contrato.

Daí porque, os interesses de consumidores e fornecedores não devem ser necessariamente contrários. A defesa do consumidor como princípio constitucional informa a ordem econômica, que de sua vez é fundada nos valores do *trabalho* e da *livre iniciativa* (artigo 170). Neste sentido, a pretendida harmonia de interesses, ainda que se trate de norma-objetivo,⁸⁷ deve ser considerada em conjunto com a boa-fé para efeito de obtenção de maior justiça no mercado de consumo.

87. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...*, p. 145.



A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

5

SUMÁRIO: 5.1 Considerações iniciais – 5.2 A definição jurídica de consumidor: 5.2.1 O consumidor *standard*; 5.2.2 O consumidor equiparado; 5.2.3 Correntes de interpretação da definição jurídica de consumidor – 5.3 A definição jurídica de fornecedor: 5.3.1 O fornecedor como profissional; 5.3.2 O fornecedor como agente econômico no mercado de consumo – 5.4 O objeto da relação jurídica de consumo: 5.4.1 Definição jurídica de produto; 5.4.2 Definição jurídica de serviço; 5.4.3 O problema do serviço público como objeto da relação de consumo; 5.4.4 O critério da remuneração econômica.

A identificação da *relação de consumo* e seus elementos é o critério básico para determinar o âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, portanto, das *normas* de direito do consumidor. Observa-se, aliás, que uma das mais recorrentes alegações de fornecedores para escapar à aplicação das normas protetivas do consumidor é de que a relação sob exame em um determinado processo não pode ser caracterizada como relação de consumo. Neste sentido, destaca-se a importância do estudo da definição do que se deva entender como *relação de consumo*, assim como a identificação de seus elementos para efeito da aplicação das normas do CDC.

A doutrina jurídica distingue dentre os elementos de uma relação jurídica os sujeitos, o objeto, o fato jurídico e a garantia.¹ No caso, a definição do âmbito de aplicação da lei especial do consumidor, que vise à sua proteção em determinadas relações nas quais ostente esta qualidade, impõe antes de tudo a definição conceitual dos seus elementos constitutivos.

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É preciso referir que, de acordo com a técnica legislativa adotada no direito brasileiro, não existe no CDC uma definição específica sobre o que seja *relação de consumo*. Optou o legislador nacional por conceituar os sujeitos da relação, *consumidor* e *fornecedor*, assim como seu objeto, *produto* ou *serviço*. No caso, são considerados conceitos relacionais e dependentes. Só existirá um *consumidor* se também existir um *fornecedor*, bem como um *produto* ou *serviço*. Os conceitos em questão não se sustentam por si mesmos, nem podem ser tomados isoladamente. Ao con-

1. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 168.

trário, as definições são dependentes umas das outras, devendo estar presentes para ensejar a aplicação do CDC.

Todavia, o âmbito de aplicação do CDC define-se tanto *ratione personae*, a partir da definição do conceito de consumidor, quanto também *ratione materiae*,² pela exclusão expressa de determinadas relações do âmbito de aplicação da norma, como é o caso das relações trabalhistas e os contratos administrativos, cada qual com leis específicas para sua regulação.

5.2 A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE CONSUMIDOR

A definição jurídica de consumidor é estabelecida pelo CDC por intermédio do seu artigo 2.º, que estabelece o conceito de *consumidor padrão, standard*, o qual vai ser complementado por outras três definições, a que a doutrina majoritária qualifica como espécies de *consumidores equiparados*, uma vez que, independentemente de se caracterizarem como tal pela realização de um do ato material de consumo, são referidos deste modo para permitir a aplicação da tutela protetiva do CDC em favor da coletividade, das vítimas de um acidente de consumo, ou mesmo de um contratante vulnerável, exposto ao poder e à atuação abusiva do parceiro negocial mais forte.

5.2.1 O consumidor standard

O artigo 2.º do CDC estabelece: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquirir ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". A aparentemente simples definição legal, na verdade permite desde uma rápida interpretação concluir que: a) consumidores serão pessoas naturais ou jurídicas. Logo, tanto uma, quanto outra poderá estar sob a égide das normas de proteção do CDC; b) será consumidor tanto quem *adquirir*, ou seja, contratar a aquisição de um produto ou serviço, quanto quem apenas *utilize* este produto ou serviço. Logo, é possível concluir que a relação de consumo pode resultar de um contrato, assim como pode se dar apenas em razão de uma relação meramente de fato (um *contato social*),³ que por si só determina a existência de uma relação de consumo.

Por outro lado, o critério que oferece maior desafio para a definição do *consumidor standard* é a interpretação da expressão *destinatário final*. Isto porque, em geral, vai se considerar o consumidor, para efeito de justificar a proteção legal que recebe, como o leigo, o não profissional que adquire produto ou serviço de um profissional, especialista, que por isso coloca-se em posição mais favorável, caracterizando a vulnerabilidade do consumidor.⁴

2. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 252.

3. A noção de *contato social* deriva da sociologia (neste sentido veja-se: WIESE, Leopold; BECKER, H. O Contato Social. In: CARDOSO, Fernando Henrique e IANNI, Octávio (orgs.). *Homem e Sociedade. Leituras básicas de sociologia geral*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961. p. 145-161), tendo sido incorporada ao direito na medida em que passa a ser reconhecida tanto como fonte de efeitos jurídicos tanto entre estrangeiros como Dölle, no direito alemão, para quem este contato negocial é apto a determinar o surgimento de deveres jurídicos. Assim MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 615. Em direito brasileiro, é Clóvis do Couto e Silva quem vai determiná-lo como fonte de obrigações: COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, p. 91-94.

4. BOURGOGNIE, Thierry. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Brussels: Story-Scientia, 1988. p. 60-61.

Ocorre que expressão *destinatário final* admite distintas interpretações. Por ela podemos identificar em um primeiro momento aquela que implica a utilização do bem, mediante sua destruição, aproximando-se do conceito de bens consumíveis, presente no direito civil. Por outro lado, por destinatário final se pode identificar como sendo o *destinatário fático*, ou seja, aquele que ao realizar o ato de consumo (adquirir ou utilizar) retira o produto ou serviço do mercado de consumo, usufruindo de modo definitivo sua utilidade.

Todavia, ainda se pode considerar como destinatário final quem não apenas retira o produto ou serviço do mercado de consumo, mas que ao fazê-lo *exaur também sua vida econômica*. Ou seja, não apenas o retira do mercado como também não volta a reempregá-lo, tornando-se por isso o *destinatário fático e econômico* do produto ou serviço em questão. Neste último caso, é destinatário final por ter praticado ato de consumo e não pela aquisição de insumos⁵ que posteriormente reempregará na atividade no mercado, transformando-os em outros produtos ou aproveitando-os no oferecimento de algum outro serviço.⁶

A definição da expressão *destinatário final* e, por consequência a definição de consumidor admite, portanto, diversas interpretações. Sustentamos, todavia, que o conceito de consumidor deve ser interpretado a partir de dois elementos: a) a aplicação do princípio da vulnerabilidade e b) a destinação econômica não profissional do produto ou do serviço. Ou seja, em linha de princípio e tendo em vista a teleologia da legislação protetiva deve-se identificar o *consumidor como o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço*.

Isto porque, ainda que, quando do seu surgimento, o CDC tenha assumido o caráter de lei renovadora do direito privado⁷ – em face das deficiências do Código Civil de 1916, vigente à época – hoje, com a incorporação de muitos dos avanços legislativos trazidos pelo CDC no Código Civil de 2002, não se justifica esta ampliação do âmbito de sua aplicação. Como ensina Eros Roberto Grau, a defesa do consumidor serve a proteção da parte fraca contra as formas assimétricas de mercado.⁸ Logo, não deve tutelar situações em que esta assimetria não exista.

5. "Sistema Financeiro da Habitação. Mutuário empresário que explora o ramo da construção civil. Incidência no Código de Defesa do Consumidor não autorizada. Limitação dos juros com fundamento no artigo 25 da Lei 8.962/93. Impossibilidade. Capitalização de juros pela aplicação da tabela price. Súmulas 5 e 7/STJ. I. A empresa do ramo de construção civil que capta recursos do Sistema Financeiro da Habitação para fomentar a sua atividade comercial não pode ser considerada consumidora para efeito da aplicação das regras protetivas da Lei 8.078/90. II – A interpretação gramatical e sistêmica do artigo 25 da Lei 8.962/93 autoriza concluir que a limitação dos juros ali estabelecida alcança apenas os "adquirentes da casa própria". Excluídos, portanto, aqueles mutuários que contraem financiamento para construir unidades habitacionais destinadas à venda. III – Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7/STJ. IV – Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 917.463/RS, 3.º T., j. 02.12.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 16.02.2011).
6. "Processual Civil e Consumidor. Agravo no Agravo de Instrumento. Ação de indenização por perdas e danos. Exceção de incompetência. Aquisição de equipamentos médicos. CDC. Inaplicabilidade. Validade da cláusula de eleição de foro. Em se tratando de contrato de aquisição de equipamento médico, não se aplica o CDC, sendo válida a cláusula que estipula a eleição de foro. Agravo no agravo de instrumento não provido" (STJ, AgRg no Ag 1303218/MS, 3.º T., j. 16.11.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 24.11.2010).
7. Neste sentido, veja-se: TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 199-215.
8. GRAU. *A ordem econômica...*, p. 218.

Antonio Herman Benjamin, em conhecido trabalho anterior ao CDC, definiu consumidor como sendo “todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços, ou quaisquer outros bens ou informação colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais”.⁹

O conceito, embora de grande relevo, não se coaduna com o sentido em seguida positivado no CDC, que expressamente inclui a pessoa jurídica como consumidora. No direito comparado, como ensina Claudia Lima Marques, sobretudo no que se refere aos sistemas francês e alemão, assim como recentemente no direito italiano,¹⁰ a tendência tem sido de indicar o conceito de consumidor ao não profissional. No direito francês, esta tendência só é afastada quando se trate de pequenos empresários ou profissionais liberais, que eventualmente se apresentam em situação de vulnerabilidade que justifique a aplicação na relação das normas de proteção previstas no *Code de la Consommation*.¹¹ Por outro lado, no direito alemão, após reforma do Código Civil Alemão (ano 2000), introduziu-se o § 13 com a definição de consumidor nos seguintes termos: “Consumidor é a pessoa física que conclui um negócio jurídico, cuja finalidade não tem ligação comercial ou com sua atividade profissional”.¹²

Deste modo, mesmo os Tribunais brasileiros atualmente não são unânimes na aplicação de um critério para definição de consumidor. Observa-se na jurisprudência, assim, tanto a identificação de entendimentos qualificando o consumidor e aplicando o CDC para destinatários finais meramente fáticos – que inclusive reempregam o produto ou serviço em uma atividade econômica, fazendo com que retornem ao mercado –, quanto os que adotam o critério da destinação final fática e econômica, exigindo que o emprego ou utilização do produto ou serviço seja não profissional, ou ainda que o adquirente possua esta qualidade (seja também o destinatário final um não profissional, e não apenas o modo de utilização do bem)¹³. Neste caso,

9. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. RT, v. 628, p. 78. São Paulo: RT, fev. 1988.

10. Assim o artigo 3.º, 1, “a” do Codice del Consumo italiano, que define: “consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi stranei all’attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”. Veja-se o texto do Código, na íntegra, na *Revista de Direito do Consumidor*, v. 57, p. 344-399. São Paulo: RT, jan.-mar. 2006. Segundo Andrea Marighetto, esta definição legal parte do pressuposto de que “a pessoa jurídica opera sempre com caractere necessariamente profissional, enquanto exercita a própria atividade em medida organizada e não ocasional”. MARIGHETTO, Andrea. Proposta de leitura comparativa e sistemática do Código de Consumo italiano. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 80, p. 13-47. São Paulo: RT, out.-dez./2011.

11. CALAIS-AULOY/STEINMETZ. *Droit de la consommation*, p. 11-17.

12. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 263.

13. “Recursos Especiais. Processual Civil e Direito do Consumidor. Omissão. Não constatação. Matéria constitucional. Inviabilidade. Reexame de provas em recurso especial. Ôbice sumular. Relação entre distribuidores e postos revendedores de combustíveis. Mercantil. 1. Não caracteriza omissão quando o tribunal adota outro fundamento que não aquele defendido pela parte. 2. Embora seja dever de todo magistrado velar pela Constituição Federal, para que se evite a supressão de competência do egrégio STF, não se admite a apreciação, na via especial, de matéria constitucional. 3. Orienta a Súmula 07 desta Corte que a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial. 4. A relação existente entre distribuidores e revendedores de combustíveis, em regra, não é de consumo, sendo indevida a aplicação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, especialmente para admitir a postergação do pagamento de mercadorias. 5. Recursos especiais parcialmente conhecidos para, na extensão, dar parcial provimento apenas ao da Distribuidora, para reconhecer como indevida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, por conseguinte,

a noção de não profissional também suscita questionamentos. No caso, se por não profissional há de se entender aquele que não visa lucro em suas atividades ou, à parte do lucro, o que não seja especialista em sua atividade. Considere-se uma instituição assistencial, uma fundação ou um clube de mães que não visam lucro, podem ser considerados profissionais? Parece-nos que a resposta nestes casos deve ser negativa.

Nosso entendimento é que *consumidor é pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático e econômico*, isto é, sem reempregá-lo no mercado de consumo com o objetivo de lucro. Admite-se, todavia, em caráter excepcional, que agentes econômicos de pequeno porte, quando comprovadamente vulneráveis, e que não tenham o dever de conhecimento sobre as características de um determinado produto ou serviço, ou sobre as consequências de uma determinada contratação, possam ser considerados consumidores para efeito de aplicação das normas do CDC.

A referência à vulnerabilidade do consumidor, até porquanto resulte de presunção absoluta da lei, determina a interpretação do conceito de consumidor como aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final fático ou econômico. Há, portanto, uma relação necessária de subordinação. Fora disto, o próprio CDC permitirá diversas equiparações para efeito da aplicação das suas normas.

5.2.2 O consumidor equiparado

Como já se referiu, ao lado do conceito de consumidor *standard*, presente no artigo 2.º, *caput*, o CDC estabeleceu três definições de consumidor equiparado, ou seja, que se consideram consumidor por equiparação, com a finalidade de permitir a aplicação das normas de proteção previstas no Código. São os casos do artigo 2.º, parágrafo único, artigo 17 e artigo 29 do CDC. Em todos eles, o que se percebe é a desnecessidade da existência de um ato de consumo (aquisição ou utilização direta), bastando para incidência da norma, que esteja o sujeito exposto às situações previstas no Código, seja na condição de integrante de uma coletividade de pessoas (artigo 2.º, parágrafo único), como vítima de um acidente de consumo (artigo 17), ou como destinatário de práticas comerciais, e de formação e execução do contrato (artigo 29).

5.2.2.1 O artigo 2.º, parágrafo único, do CDC: a coletividade

Frevê o artigo 2.º, parágrafo único, do CDC, que “equipara-se a consumidores a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. O sentido desta equiparação é o de fazer abranger pelas normas do CDC, não apenas os consumidores atuais, participantes reais de relações de consumo, como também a consideração da universalidade, do “conjunto de consumidores de produtos ou serviços, ou mesmo o grupo, classe ou categoria deles”.¹⁴ A finalidade da equiparação é instrumental. No caso, serve para fundamentar a tutela coletiva dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos estabelecidos nos artigos 81 e ss. do CDC.

Note-se que esta definição estabelece como consumidor, mesmo quem não seja determinado, mas que “haja intervindo nas relações de consumo”. A questão que se apresenta, todavia,

afastar a possibilidade de postergação, pelo autor, do pagamento de combustíveis” (STJ, REsp 782.852/SC, 4.ª T., j. 07.04.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 29.04.2011).

14. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*, 8. ed., p. 38.

diz respeito justamente à natureza desta intervenção nas relações de consumo de que trata o preceito. Ou seja, a qualidade desta intervenção no mercado de consumo exige a realização de um ato de consumo, a aquisição ou utilização de produto ou serviço, ou ao contrário, basta o fato de estar exposto ao mercado, na condição de consumidor potencial?

A relação jurídica básica que vincula os sujeitos da relação no caso da equiparação não é a existência de ato de consumo, mas a mera situação do consumidor como membro de uma coletividade cuja intervenção no mercado de consumo não precisa ser necessariamente ativa (realizando um ato de consumo), mas pode se configurar simplesmente pela subordinação aos efeitos da ação dos fornecedores no mercado. Neste sentido, enquanto membro de uma coletividade de pessoas, sofrerá como os demais membros os efeitos desta intervenção, razão pela qual poderá ter seus interesses reconhecidos e protegidos por intermédio das regras relativas à tutela coletiva de direitos prevista no CDC. Daí porque se deve considerar como coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, não apenas os que tenham realizado atos de consumo (adquirido ou utilizado produto ou serviço), mas sim a todos que estejam expostos às práticas dos fornecedores no mercado de consumo.

5.2.2.2 O artigo 17 do CDC: as vítimas de acidentes de consumo

O artigo 17 do CDC estabelece: “Para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. A seção em questão é a que regula a responsabilidade dos fornecedores por fato do produto ou do serviço, qual seja, a responsabilidade por danos à saúde, à integridade ou ao patrimônio do consumidor (*acidentes de consumo*). Deste modo, consideram-se consumidores equiparados todas as vítimas de um acidente de consumo, não importando se tenham ou não realizado ato de consumo (adquirido ou utilizado produto ou serviço). Basta para ostentar tal qualidade, que tenha sofrido danos decorrentes de um acidente de consumo (fato do produto ou do serviço). Trata-se da extensão para o terceiro (*bystander*) que tenha sido vítima de um dano no mercado de consumo, e cuja causa se atribua ao fornecedor,¹⁵

15. “Recurso especial. Ação indenizatória. Danos oriundos de quebra de safra agrícola. Defensivo agrícola ineficaz no combate à ‘ferrugem asiática’. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor por equiparação. Responsabilidade objetiva. Redação do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil. Fundamentação do acórdão não impugnada. Súmula 283/STF Ônus da prova. Inversão. Não ocorrência. Prescindibilidade atestada pelo acórdão. Deficiência na fundamentação recursal. Súmula 284/STF Necessidade de reexame de provas. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Dano moral. Configuração. Honorários advocatícios. Arbitramento irrisório. Não ocorrência. Inexistência de correlação necessária com o valor da causa. 1. Com relação à apontada ofensa ao artigo 2.º do Código de Defesa do Consumidor, ao argumento de não incidência da norma consumerista ao caso concreto, o acórdão recorrido apresentou fundamento, suficiente à manutenção de suas conclusões, que não foi impugnado pela recorrente: ‘mesmo que o caso não configurasse relação de consumo, a responsabilidade da apelada seria objetiva, afinal ninguém há de negar que a fabricação de fungicidas se subsume à atividade de risco referida no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil’. Incidência da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. 2. A jurisprudência desta Terceira Turma encontra-se pacificada no sentido de que se equiparam ao consumidor ‘todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, venham sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança’ (REsp 181.580/SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma). 3. A tese de que os recorrentes ‘não produziram uma única prova de que teriam adquirido e utilizado os fungicidas fabricados pela recorrente’, contraditada pelo tribunal de origem, não autoriza a abertura da via especial de recurso, observado o rigor da Súmula 7 desta Corte. 4. Mesmo que afastada a

da qualidade de consumidor, da proteção indicada pelo regime de responsabilidade civil extracontratual do CDC.¹⁶

Assim, por exemplo, o transeunte que, passando pela calçada é atingido pela explosão de um caminhão de gás que realizava entregas, ou quem é ferido pelos estilhaços de uma garrafa de refrigerante que explode em um supermercado, mesmo não tendo uma relação de consumo em sentido estrito com o fornecedor, equipara-se a consumidor para efeito da aplicação das normas do CDC.

A regra da equiparação do CDC parte do pressuposto que a garantia de qualidade do fornecedor vincula-se ao produto ou serviço oferecido. Neste sentido, prescinde do contrato, de modo que o terceiro, consumidor equiparado, deve apenas realizar a prova de que o dano sofrido decorre de um defeito do produto.¹⁷ Esta proteção do terceiro foi gradativamente reconhecida no direito norte-americano a partir do conhecido caso *MacPherson vs. Buick Co.*, na década de 1930, pelo qual dispensou-se a prévia existência de contrato para que fosse atribuída responsabilidade. Com o avanço da jurisprudência norte-americana, a partir do caso *Hennigsen vs. Bloomfield* foi então dispensada a regra da quebra da garantia intrínseca, que ainda guardava uma certa natureza contratual, adotando-se a partir daí a regra da responsabilidade objetiva (*strict liability products*),¹⁸ decorrente do preceito geral de não causar danos.

incidência do Código de Defesa do Consumidor, à Bayer caberia a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 333, II, do CPC, providência da qual ela não se desincumbiu. 5. A afirmação das teses invocadas pela Bayer – relacionadas à impropriedade na utilização dos defensivos por ela comercializados, ao excesso de chuvas na região e à incerteza quanto à extensão dos prejuízos – dependeria de uma nova incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que é defeso em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 desta Corte. 6. O resultado agrícola é o meio de sobrevivência do agricultor, a garantia de novos financiamentos e a possibilidade de incremento dessa fundamental atividade econômica. E isso, por óbvio, independe da condição financeira do produtor, porque inerente àquela ocupação. Por esta razão, não é crível que o imenso prejuízo econômico suportado pelos ora recorrentes também não seja causa, direta ou reflexa, de um grave dano moral. 7. A orientação jurisprudencial assente nesta Casa é no sentido de que o valor arbitrado a título de honorários só pode ser revisto em excepcioníssimas situações, em que fixado com evidente exagero ou com notória modéstia, ao passo de configurar desabono ao exercício profissional do advogado, o que, claramente, não se coaduna com a hipótese submetida a exame. Recurso especial da Bayer Cropscience Ltda. não conhecido, ressalvada a terminologia. Recurso especial de Lauro Diavan Neto e outros parcialmente provido para reconhecer o dano moral indenizável na hipótese” (STJ, REsp 1096542/MT, 3.ª T., j. 20.08.2009, rel. Min. Paulo Furtado – Des. convocado do TJBA, DJe 23.09.2009).

16. Note-se, contudo, que a jurisprudência exclui da definição de terceiro equiparado aqueles que tenham relação jurídica anterior de natureza trabalhista com o fornecedor – empregados vítimas de acidente, que no caso será classificado como acidente de trabalho. Neste sentido, é o entendimento do STJ, de que “o art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (*bystander*), sujeitando à proteção do CDC aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação. Todavia, caracterização do consumidor por equiparação possui como pressuposto a ausência de vínculo jurídico entre fornecedor e vítima; caso contrário, existente uma relação jurídica entre as partes, é com base nela que se deverá apurar eventual responsabilidade pelo evento danoso” (STJ, REsp 1370.139/SP, 3.ª T., j. 03.12.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 12.12.2013).
17. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: RT, 1992. p. 84.
18. LOPES. *Responsabilidade civil do fabricante*, p. 85.

A lição norte-americana inspirou o legislador do CDC. Assim também a jurisprudência brasileira vem desenvolvendo sensivelmente a abrangência desta definição legal, permitindo, por exemplo, a tutela do direito de moradores de área próxima à refinaria de petróleo que venham a ser prejudicados pela poluição dela proveniente,¹⁹ das vítimas que se encontram em solo, no caso da queda de um avião,²⁰ assim como o terceiro que sofre acidente de trânsito causado por empresa fornecedora de transporte.²¹

5.2.2.3 O artigo 29 do CDC: os expostos às práticas comerciais

O artigo 29 do CDC estabelece o terceiro conceito de consumidor equiparado, ao dispor: "Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nela previstas". Os capítulos em questão dizem respeito às disposições do Código relativas às práticas comerciais pelos fornecedores e à proteção contratual do consumidor. Abrangem, neste sentido, as disposições do CDC relativas às fases pré-contratual, de execução, e pós-contratual, pertinentes ao contrato de consumo.

A extensão semântica da regra permite, em tese, que a qualquer contratante seja possível a aplicação das normas dos artigos 30 a 54 do CDC. Todavia, a aplicação jurisprudencial da norma é que deve concentrar-se na finalidade básica do Código, que é a proteção do vulnerável.²²

Trata-se da definição de consumidor equiparado que maiores possibilidades oferece para aplicação das normas de proteção do CDC a quem não seja qualificado como consumidor em

19. "Agravado de instrumento. Ação ordinária. Contaminação de moradores de bairro próximo à refinaria, pela emanção de produtos tóxicos. Existência de relação de consumo. O artigo 17 do CDC equipara ao consumidor qualquer pessoa, natural ou jurídica, que venha a sofrer um dano, em decorrência do fato do serviço. Assim sendo, e em princípio, cabe à espécie a aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, e, entre elas, a da inversão do ônus da prova, cujos pressupostos se acham presentes, já que verossímil a versão do autor, confirmada pelas notícias jornalísticas, sendo ele hipossuficiente. Correta, assim, a decisão recorrida, que objetiva proteger a vítima do fato do serviço, equiparada a consumidor. Desprovemento do recurso" (TJRJ, 10.^a Câmara Cívica, Agr. n. 5.587/02, j. 25.06.2002, rel. Des. Sylvio Capanema de Souza).
20. "Direito Civil. Recurso Especial. Responsabilidade civil de transportador aéreo perante terceiros em superfície. Pretensão de ressarcimento por danos materiais e morais. Prazo prescricional. Código Brasileiro de Aeronáutica afastado. Incidência do CDC. 1. O Código Brasileiro de Aeronáutica não se limita a regulamentar apenas o transporte aéreo regular de passageiros, realizado por quem detém a respectiva concessão, mas todo serviço de exploração de aeronave, operado por pessoa física ou jurídica, proprietária ou não, com ou sem fins lucrativos, de forma que seu art. 317, II, não foi revogado e será plenamente aplicado, desde que a relação jurídica não esteja regida pelo CDC, cuja força normativa é extraída diretamente da CF (5.^o, XXXII). 2. Demonstrada a existência de relação de consumo entre o transportador e aqueles que sofreram o resultado do evento danoso (consumidores por equiparação), configurado está o fato do serviço, pelo qual responde o fornecedor, à luz do art. 14 do CDC, incidindo, pois, na hipótese, o prazo prescricional quinquenal previsto no seu art. 27. 3. Recurso Especial conhecido e desprovido" (STJ, REsp 1.202.013/SP, 3.^a T., j. 18.06.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 27.06.2013).
21. STJ, REsp 1.125.276/RJ, 3.^a T., j. 28.02.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 07.03.2012.
22. Assim decidiu o STJ: "Direito civil. Consumidor. Agravado no recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação. A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos artigos 17 e 29 do CDC. Negado provimento ao agravo" (STJ, AgRg no REsp 687239/RJ, j. 06.04.2006, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 02.05.2006, p. 307).

sentido estrito, destinatário final de produto ou serviço. A equiparação do artigo 29 serve, em um primeiro momento, para a aplicação das normas do CDC – que importaram sensível alteração da concepção do contrato e seus princípios fundamentais quando da promulgação do Código (boa-fé, equilíbrio) – a todos que pretendessem a incidência de estipulações atualizadas em relação ao disposto no antigo Código Civil de 1916. Conforme refere Antonio Herman Benjamin,²³ enquanto o artigo 2.º estabelece o conceito de consumidor *in concreto*, o artigo 29 o faz abstratamente, permitindo o controle das práticas comerciais, via tutela coletiva, na forma referida no próprio Código.

Atualmente, a aplicação do conceito de consumidor equiparado do artigo 29 permitiria converter o CDC em paradigma de controle de todos os contratos no direito privado brasileiro. Todavia, a tendência – correta a nosso ver – tem sido de aplicação do conceito em acordo com o princípio da vulnerabilidade presente no Código, ou ainda com os riscos que determinadas práticas comerciais oferecem à coletividade.²⁴ Em outros termos, resulta apenas equiparar a consumidor, e, portanto, aplicar as regras sobre contratos e práticas comerciais do CDC, quando estiver presente a vulnerabilidade do contratante, de modo que se justifique a equiparação em vista da finalidade de assegurar o equilíbrio entre desiguais. Neste caso, anote-se que, presente a vulnerabilidade, a incidência do art. 29 justifica-se para coibir determinada conduta ou resultado identificado como abusivo ou contrário ao disposto no CDC.²⁵

Este é o caso que se percebe na relação entre pequenos empresários e bancos,²⁶ entre pequenos e grandes empresários,²⁷ ou ainda quando um dos contratantes não seja, e não deva ser,

23. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*..., 8. ed., p. 253-254.

24. “Administrativo e Consumidor. Multa imposta pelo Procon. Legitimidade. Relação de Consumo caracterizada. Artigo 29 do CDC. 1. Hipótese em que o Procon aplicou à impetrante multa de R\$ 3.441,00, levando em consideração a publicação do anúncio não autorizado pelo Reclamante (Auto Posto Boa Esperança). A recorrente sustenta que não poderia ter sido autuada, pois o serviço por ela prestado - publicidade em lista empresarial impressa – é classificado como insumo e não consumo”. 2. Discutem-se, portanto, o enquadramento da atividade desenvolvida pela impetrante como relação de consumo e a consequente competência do Procon para a imposição de multa, por infração ao Código de Defesa do Consumidor (CDC). 3. O CDC incide nas relações entre pessoas jurídicas, sobretudo quando se constatar a vulnerabilidade daquela que adquire o produto ou serviço, por atuar fora do seu ramo de atividade. 4. De acordo com o artigo 29 do CDC, ‘equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas’. Nesse dispositivo, encontra-se um conceito próprio e amplíssimo de consumidor, desenhado em resposta às peculiaridades das práticas comerciais, notadamente os riscos que, *in abstracto*, acarretam para toda a coletividade, e não apenas para os eventuais contratantes *in concreto*. 5. A pessoa jurídica exposta à prática comercial abusiva equipara-se ao consumidor (artigo 29 do CDC), o que atrai a incidência das normas consumeristas e a competência do Procon para a imposição da penalidade. 6. Recurso Ordinário não provido” (STJ, RMS 27.541/TO, 2.ª T., j. 18.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 27.04.2011).

25. STJ, REsp 567.192/SP, rel. Min. Raul Aratijo, 4.ª Turma, j. 05.09.2013, DJe 29.10.2014.

26. “Código de Defesa do Consumidor. Financiamento para aquisição de automóvel. Aplicação do CDC. O CDC incide sobre contrato de financiamento celebrado entre a CEF e o taxista para aquisição de veículo. A multa é calculada sobre o valor das prestações vencidas, não sobre o total do financiamento (artigo 52, § 1.º, do CDC). Recurso não conhecido” (STJ, REsp 231.208/PE, j. 07.12.2000, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior; DJU 19.03.2001, p. 114).

27. “Apelação Cível. Ação revisional. Contrato de administração de pagamentos ao estabelecimento credenciado para recebimento com cartão de crédito. Desconto mercantil decorrente do recebimento antecipado de vendas. Aplicabilidade das normas cogentes do CDC. Situação de consumidor equiparado,

especialista ou ter conhecimento sobre as características do produto ou serviço que adquire.²⁸ Nestas situações, a aplicação do CDC, antes de se apresentar como imperativo de proteção do consumidor, converte-se em garantia de proteção do contratante vulnerável,²⁹ com o objetivo de promover o equilíbrio contratual e a proteção da boa-fé, por intermédio das normas de proteção. Mais recentemente o STJ passou a fazer referência à expressão consumidor intermediário,

na forma do artigo 29 do CDC. Onerosidade excessiva do desconto imposto pela administradora para a antecipação do valor devido ao comerciante credenciado impondo-se a sua limitação na razão equivalente a taxa de juros de 12% ao ano com correção monetária pelo IGP-M. Taxa potestativa e aleatória que deve ser limitada. Cabimento da condenação da administradora ao pagamento das diferenças em face dos excessivos descontos sofridos. Primeiro apelo provido. Segundo apelo desprovido” (TJRS, ApCiv 70.009.285.248, 6.ª Câm. Civ., j. 10.11.2004, rel. Ney Wiedemann Neto).

28. Assim o caso do casal que adquire um veículo com a finalidade de utilizá-lo como táxi. Todavia, a presença de vícios do produto e a incapacidade do fornecedor para saná-los inviabilizou a própria atividade profissional do casal, ensejando indenização por lucros cessantes, com fundamento no CDC: “Direito civil. Código de Defesa do Consumidor. Aquisição de veículo zero-quilômetro para utilização profissional como táxi. Defeito do produto. Inércia na solução do defeito. Ajuizamento de ação cautelar de busca e apreensão para retomada do veículo, mesmo diante dos defeitos. Situação vexatória e humilhante. Devolução do veículo por ordem judicial com reconhecimento de má-fé da instituição financeira da montadora. Reposição da peça defeituosa, após diagnóstico pela montadora. Lucros cessantes. Impossibilidade de utilização do veículo para o desempenho da atividade profissional de taxista. Acúmulo de dívidas. Negativação no SPC. Valor da indenização. 1. A aquisição de veículo para utilização como táxi, por si só, não afasta a possibilidade de aplicação das normas protetivas do CDC. 2. A constatação de defeito em veículo zero-quilômetro revela hipótese de vício do produto e impõe a responsabilização solidária da concessionária (fornecedor) e do fabricante, conforme preceitua o artigo 18, *caput*, do CDC. 3. Indenização por dano moral devida, com redução do valor. 4. Recurso especial parcialmente provido.” (REsp 611.872/RJ, 4.ª T., j. 02.10.2012, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 23.10.2012). Da mesma forma a administradora de imóveis que adquire aeronave destinada ao uso da pessoa jurídica, desvinculada do atendimento de seus clientes: STJ, AgRg no REsp 1321083/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 09.09.2014, DJe 25.09.2014.
29. “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 (artigo 29). Decadência. Inexistência. Relação jurídica sob a premissa de *tratos 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 polos, 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 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, abranger 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. – São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. – Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 476.428, 3.ª T., j. 19.04.2005, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, DJU 09.05.2005, p. 390). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 735.249/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 15.12.2015, DJe 04.02.2016.

ora para admitir a possibilidade de interpretação extensiva do conceito de consumidor, e conseqüente aplicação do CDC,³⁰ ora para excluir sua aplicação.³¹ Concordamos com Adalberto

30. "Agravamento Regimental. Recurso Especial. Ação Declaratória de Nulidade de cláusula contratual. Restituição das parcelas pagas somente após a conclusão das obras. Abusividade configurada. Incidência da Súmula 83. I – Há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido. II – Da análise, conta-se que o Agravante não trouxe nenhum argumento novo a justificar a reversão da decisão anterior. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravamento Regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.219.345/SC, 3.ª T., j. 15.02.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 28.02.2011). No mesmo sentido: "Agravamento Regimental. Agravamento de Instrumento. Consumidor. Relação de consumo. Caracterização. Destinação final fática e econômica do produto ou serviço. Atividade empresarial. Mitigação da regra. Vulnerabilidade da pessoa jurídica. Presunção relativa. 1. O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte. 2. Agravamento regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no Ag 1.316.667/RO, 3.ª T., j. 15.02.2011, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), *DJe* 11.03.2011).
31. "Processual civil. Ação revisional. Conta-corrente. Pessoa jurídica. Pretensão de incidência do código de defesa do consumidor. Almejada inversão do ônus da prova. Hipossuficiência não discutida. Relação de consumo intermediária. Inaplicabilidade da Lei 8.078/1990. I. Cuidando-se de contrato bancário celebrado com pessoa jurídica para fins de aplicação em sua atividade produtiva, não incide na espécie o CDC, com o intuito da inversão do ônus probatório, porquanto não discutida a hipossuficiência da recorrente nos autos. Precedentes. II. Nessa hipótese, não se configura relação de consumo, mas atividade de consumo intermediária, que não goza dos privilégios da legislação consumerista. III. A inversão do ônus da prova, em todo caso, que não poderia ser determinada automaticamente, devendo atender às exigências do artigo 6.º, VIII, da Lei 8.078/90. IV. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 716,386/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, 4.ª T., j. 05.08.2008, *DJe* 15.09.2008). No mesmo sentido: "Direito do Consumidor. Definição de consumidor e de fornecedor. Não caracterização empresa de transporte. Relevância, para a configuração da relação de consumo, da disparidade de porte econômico existente entre partes do contrato de fornecimento de peças para caminhão empregado na atividade de transporte. Importância, também, do porte da atividade praticada pelo destinatário final. Situação, entretanto, em que, independentemente ademais, de relação de consumo, há elementos de prova a embasar a convicção do julgador de que peças automotivas fornecidas e a correspondente prestação de serviço não têm defeitos. I – Não enquadrável como relação de consumo a prestação de serviços entre empresas de porte, não se caracterizando hipossuficiência da contratante de conserto de caminhão de transporte de cargas, situação em que não se tem consumidor final, mas, apenas, intermediário, afasta-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor. II – Ainda que se aplicasse o Código de Defesa do Consumidor, a regra da inversão do ônus da prova (CDC, artigo 6.º, VIII) não seria suficiente para afastar a prova contrária à pretensão inicial, tal como detidamente analisada, inclusive quanto à perícia, pela sentença e pelo Acórdão. III – O Código de Defesa do Consumidor define consumidor como a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, noção que, como a de fornecedor, é ideia-chave para a caracterização da relação de consumo. IV – O fato de a pessoa empregar em sua atividade econômica os produtos que adquire não implica, por si só, desconsiderá-la como destinatária final e, por isso, consumidora. No entanto, é preciso considerar a excepcionalidade da aplicação das medidas protetivas do CDC em favor de quem utiliza o produto ou serviço em sua atividade comercial. Em regra, a aquisição de bens ou a utilização de serviços para implementar ou incrementar a atividade negocial descaracteriza a relação como de consumo. Precedentes. V – O reconhecimento da existência da relação de consumo, por si só, não implica presunção de prova. Presentes elementos de prova a indicar que as peças automotivas fornecidas e a

Pasqualotto,³² de que o uso desta expressão não é o mais adequado, porquanto não é a existência ou não do consumo o critério principal de equiparação a consumidor, mas de fato a vulnerabilidade presente no caso concreto (veja-se item 5.2.3.3, abaixo).

5.2.5 Correntes de interpretação da definição jurídica de consumidor

Do exame dos conceitos de consumidor, seja o de consumidor *standard*, como os de consumidor equiparado, observam-se os embates na doutrina e jurisprudência brasileira acerca de uma definição estrita do conceito. Na verdade, isto decorre da própria abertura conceitual permitida pelo legislador mediante a utilização da expressão “*destinatário final*” e, mesmo, pela previsão dos conceitos de consumidor por equiparação.

É de se observar, contudo, que da interpretação que se empregue à definição de consumidor, se há de estabelecer o âmbito de aplicação das suas normas de proteção presentes no CDC, o que desde logo ressalta a importância da questão. Neste sentido, durante o período já transcorrido de vigência do CDC, desenvolveram-se correntes de interpretação do conceito, denominadas majoritariamente pela doutrina e jurisprudência como correntes de interpretação *finalista* e *maximalista*. Por outro lado, mais modernamente, sobretudo após a vigência do atual Código Civil brasileiro de 2002, é possível identificar uma espécie de *tertium genus* entre as duas interpretações já consagradas, mediante mitigação do critério finalista³³, e denominada de interpretação *finalista aprofundada*.³⁴

prestação do serviço correspondente não são defeituosos, pode o juiz concluir em favor do fornecedor a despeito da inversão do ônus da prova. VI – Recurso Especial improvido” (STJ, REsp 1.038.645/RS, 3.^a T., j. 19.10.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 24.11.2010).

32. PASQUALOTTO, Adalberto. O destinatário final e o “consumidor intermediário”. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 74, p. 7 et seq. São Paulo: RT, abr./2010.
33. “Direito Civil e Direito do Consumidor. Clínica de oncologia. Compra de máquina reconcondicionada, de vendedor estrangeiro, mediante contato feito com representante comercial, no Brasil. Pagamento de parte do preço mediante remessa ao exterior, e de parte mediante depósito ao representante comercial. Posterior falência da empresa estrangeira. Consequências. Aplicação do CDC. Impossibilidade. Devolução do preço total pelo representante comercial. Impossibilidade. Devolução da parcela do preço não transferida ao exterior. Possibilidade. Apuração. Liquidação. 1. A relação jurídica entre clínica de oncologia que compra equipamento para prestar serviços de tratamento ao câncer, e representante comercial que vende esses mesmos equipamentos, não é de consumo, dada a adoção da teoria finalista acerca da definição das relações de consumo, no julgamento do REsp 41.867/BA (2.^a Seção, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 16.05.2005). 2. Há precedentes nesta Corte mitigando a teoria finalista nas hipóteses em que haja elementos que indiquem a presença de situações de clara vulnerabilidade de uma das partes, o que não ocorre na situação concreta. 3. Pela legislação de regência, o representante comercial age por conta e risco do representando, não figurando, pessoalmente, como vendedor nos negócios que intermedia. Tendo isso em vista, não se pode imputar a ele a responsabilidade pela não conclusão da venda decorrente da falência da sociedade estrangeira a quem ele representa. 4. Não tendo sido possível concluir a entrega da mercadoria, contudo, por força de evento externo pelo qual nenhuma das partes responde, é lícito que seja resolvida a avença, com a devolução, pelo representante, de todos os valores por ele recebidos diretamente, salvo os que tiverem sido repassados à sociedade estrangeira, por regulares operações contabilmente demonstradas. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.” (STJ, REsp 1.173.060/CE, 3.^a T., j. 16.10.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25.10.2012).
34. A identificação e exame desta interpretação finalista aprofundada é de Claudia Lima Marques, em nossos Comentários ao CDC. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, 2. ed., p. 85.

5.2.3.1 A interpretação finalista

A corrente de interpretação finalista, segundo ensina Claudia Lima Marques, é aquela dos pioneiros do consumerismo brasileiro.³⁵ Sustenta que o conceito de consumidor deve ser estabelecido de acordo com o critério do artigo 2.º do CDC, a partir da noção de destinatário final fático e econômico de um produto ou serviço. Em outros termos, de que o consumidor é aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço de modo a exaurir sua função econômica, da mesma forma como, ao fazê-lo, determina com que seja retirado do mercado de consumo.³⁶ O elemento característico desta interpretação é o fato de não haver a finalidade da³⁷ obtenção de lucro em uma dada relação jurídica, nem de insumo³⁴ ou incremento³⁸ a uma determinada

35. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 253.

36. "Civil. Ação declaratória. Contrato de permuta. Sacas de arroz por insumo agrícola (adubo). Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Destinação final inexistente. I. A Segunda Seção disciplinou que 'A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária' (REsp n. 541.867-BA, rel. para acórdão Min. Barros Monteiro, DJU 16.05.2005). II. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 1014960/RS, 4.ª T., j. 02.09.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 29.09.2008).

37. "Direito Civil. Produtor rural de grande porte. Compra e venda de insumos agrícolas. Revisão de contrato. Código de Defesa do Consumidor. Não aplicação. Destinação final inexistente. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade. Precedentes. Recurso especial parcialmente provido. I. Tratando-se de grande produtor rural e o contrato referindo-se, na sua origem, à compra de insumos agrícolas, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois não se trata de destinatário final, conforme bem estabelece o artigo 2.º do CDC, *in verbis*: 'Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final'. II. Não havendo relação de consumo, torna-se inaplicável a inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6.º, do CDC, a qual, mesmo nas relações de consumo, não é automática ou compulsória, pois depende de criteriosa análise do julgador a fim de preservar o contraditório e oferecer à parte contrária oportunidade de provar fatos que afastem o alegado contra si. III. O grande produtor rural é um empresário rural e, quando adquire sementes, insumos ou defensivos agrícolas para o implemento de sua atividade produtiva, não o faz como destinatário final, como acontece nos casos da agricultura de subsistência, em que a relação de consumo e a hipossuficiência ficam bem delineadas. IV. De qualquer forma, embora não seja aplicável o CDC no caso dos autos, nada impede o prosseguimento da ação com vista a se verificar a existência de eventual violação legal, contratual ou injustiça a ser reparada, agora com base na legislação comum. V. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 914.384/MT, 3.ª T., j. 02.09.2010, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 01.10.2010).

38. "Agravamento regimental no recurso especial. Arrendamento mercantil. Ausência de impugnação aos fundamentos da decisão agravada. Incidência da Súmula 182/STJ. 1. A agravante não impugnou, como seria de rigor, todos os fundamentos da decisão ora agravada, circunstância que obsta, por si só, a pretensão recursal, porquanto aplicável o entendimento exarado na Súmula 182 do STJ, que dispõe: 'É inviável o agravo do artigo 545 do Código de Processo Civil que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.' 2. Nas operações de mútuo bancário para obtenção de capital de giro, não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista, uma vez que não se trata de relação de consumo, pois não se vislumbra na pessoa da empresa tomadora do empréstimo a figura do consumidor final, tal como prevista no artigo 2.º, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Relativamente à variação cambial pelo dólar, incide na espécie o enunciado sumular 83 desta Corte Superior. 4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa" (STJ, AgRg no REsp 956.201/SP, 4.ª T., j. 18.08.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 24.08.2011).

atividade negocial,³⁹ assim como a completa exaustão da função econômica do bem, pela sua retirada do mercado.⁴⁰ Nesta visão, o consumidor seria aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço para satisfação de interesse próprio ou de sua família. Seria, portanto, o não profissional, não especialista, a quem o direito deve proteger, na sua relação com um profissional que atua no mercado. Daí, porque afasta o conceito de consumidor a relação entre parceiros para um empreendimento comum,⁴¹ ou ainda entre dois iguais, não profissionais, a qual se deverá aplicar o Código Civil.

A defesa da interpretação finalista parte do pressuposto de que o CDC constitui uma lei especial de proteção do consumidor, logo sua aplicação deve ser estritamente vinculada à finalidade desta lei.⁴² Em outros termos, sustenta-se que a lei, uma vez que visa reequilibrar uma relação manifestamente desigual, não pode ser aplicada extensivamente, sob pena de produzir

39. *“Competência. Relação de consumo. Utilização de equipamento e de serviços de crédito prestado por empresa administradora de cartão de crédito. Destinação final inexistente. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca”* (STJ, REsp 541.867/BA, j. 10.11.2004, rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, DJU 16.05.2005, p. 227).
40. *Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Âmbito da defesa. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Bens já integrantes do patrimônio do devedor. Taxa de juros. Capitalização mensal. Comissão de permanência. Aplicação da TR. Mora dos devedores configurada. 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 no caso do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial conhecido, em parte, e provido* (STJ, REsp 264.126/RS, 4.ª T., j. 08.05.2001, rel. Min. Barros Monteiro).
41. *“Civil e Processual. Agravo no Agravo de Instrumento. Recurso Especial. Ação de restituição. Contrato de edificação por condomínio. CDC. Inaplicabilidade. Incidência da Lei 4.591/64. Na hipótese de contrato em que as partes ajustaram a construção conjunta de um edifício de apartamentos, a cada qual destinadas respectivas unidades autônomas, não se caracteriza, na espécie, relação de consumo, regendo-se os direitos e obrigações pela Lei 4.591/64. Agravo não provido”* (STJ, AgRg no Ag 1.307.222/SP, 3.ª T., j. 04.08.2011, rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 12.08.2011).
42. Neste sentido a conhecida decisão do STF, no Caso Teka vs. Aiglon, no qual uma empresa de tece-lagem nacional (Teka), pretendendo a abusividade em cláusula compromissória de arbitragem, pretende ser qualificada como consumidora em contrato de aquisição de algodão para transformação em produtos. No caso, o STF decidiu por sua não qualificação como consumidora e, em face disto, a não aplicação do CDC para eventual decretação de abusividade da cláusula compromissória e a decisão arbitral daí resultante: *“Homologação de laudo arbitral estrangeiro. Requisitos formais: comprovação. Caução: desnecessidade. Incidência imediata da Lei 9.307/96. Contrato de adesão: inexistência de características próprias. Inaplicação do código de defesa do consumidor. 1. Hipótese em que restaram comprovados os requisitos formais para a homologação (RISTF, artigo 217). 2. O Supremo Tribunal Federal entende desnecessária a caução em homologação de sentença estrangeira (SE 3.407, rel. Min. Oscar Corrêa, DJ 07.12.1984). 3. As disposições processuais da Lei 9.307/1996 têm incidência imediata nos casos pendentes de julgamento (RE 91.839/GO, RAFAEL MAYER, DJ 15.05.1981). 4. Não é contrato de adesão aquele em que as cláusulas são modificáveis por acordo das partes. 5. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu artigo 2.º, aplica-se somente a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Pedido de homologação deferido”* (STF, SEC 5847/IN, Grã Bretanha, j. 01.12.1999, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 17.12.1999, p. 4).

outras desigualdades (proteger quem não tem necessidade ou legitimidade para merecer proteção).⁴³

Em uma visão mais extrema, inclusive, a interpretação finalista excluiria a própria pessoa jurídica como consumidora. É o exemplo recente do direito alemão, após a reforma do BGB de 2002,⁴⁴ ou o direito italiano em seu recente *Codice Del Consumo*, de 2005. Todavia, esta interpretação mais radical não se coaduna com o preceito normativo do artigo 2.º do CDC brasileiro, que prevê expressamente a pessoa jurídica como consumidora.

Assim a interpretação finalista admitirá apenas, considerando a qualidade de destinatário final fático e econômico exigido do consumidor, sua natureza não profissional, excluindo qualquer utilização do produto ou serviço a título de insumo da atividade econômica⁴⁵ do adquirente ou usuário.

5.2.3.2 A interpretação maximalista

A corrente de interpretação maximalista, como sua própria denominação induz concluir, sustenta que a definição de consumidor deve ser interpretada extensivamente. Neste sentido, é auxiliada, tanto pela abertura conceitual da expressão “destinatário final” referida no artigo 2.º, *caput*, quanto pela previsão relativa aos consumidores equiparados presentes no CDC (artigo 2.º, parágrafo único, artigo 17 e, em especial, artigo 29 do CDC).

Como anota Claudia Lima Marques, os maximalistas percebem nas normas do CDC, “o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas para proteger somente o consu-

43. Competência. Cláusula eletiva de foro. Contrato de concessão de vendas de veículos, peças, acessórios e serviços. Hipossuficiência inexistente. Prevalência do foro de eleição. – “Nas relações entre empresas de porte, capazes financeiramente de sustentar uma causa em qualquer foro, prevalece o de eleição” (REsp 279.687/RN). Conflito conhecido para declarar competente o suscitante (STJ, CCComp 33.256/SP, j. 27.10.2004, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 06.04.2005, p. 201).
44. Assim o § 13 do BGB alemão, após a reforma ocorrida no ano 2000, que incluiu o conceito de consumidor naquele Código Civil: “*Consumidor* – Consumidor é qualquer pessoa física que conclui um negócio jurídico cuja finalidade não tem ligação comercial, ou com sua atividade profissional”. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 263.
45. “Direito Civil. Produtor rural. Compra e venda de sementes de milho para o plantio. Código de Defesa do Consumidor. Não aplicação. Precedentes. Reexame de matéria-fática probatória. (...) I. Os autos dão conta tratar-se de compra e venda de sementes de milho por produtor rural, destinadas ao plantio em sua propriedade para posterior colheita e comercialização, as quais não foram adquiridas para o próprio consumo. II. O entendimento da egrégia Segunda Seção é no sentido de que não se configura relação de consumo nas hipóteses em que o produto ou o serviço são alocados na prática de outra atividade produtiva. Precedentes (...)” (STJ, REsp 1.132.642/PR, 3.ª T., j. 05.08.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p. acórdão Min. Massami Uyeda, DJe 18.11.2010). No mesmo sentido: “(...) Conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. 2.- No caso dos autos, em que se discute a validade das cláusulas de dois contratos de financiamento em moeda estrangeira visando viabilizar a franquia para exploração de Restaurante “Mc Donald’s”, o primeiro no valor de US\$ 368.000,00 (trezentos e sessenta e oito mil dólares) e o segundo de US\$ 87.570,00 (oitenta e sete mil, quinhentos e setenta dólares), não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que os empréstimos tomados tiveram o propósito de fomento da atividade empresarial exercida pelo recorrente, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes (...)” (STJ, AgRg no REsp 1.193.293/SP, 3.ª T., j. 27.11.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 11.12.2012).

midor não profissional”.⁴⁶ As razões de florescimento desta corrente de interpretação podem ser identificadas a partir de dois aspectos principais. Primeiro, a notada deficiência do Código Civil de 1916 e demais normas de direito civil para regularem o tema do contrato e sua complexidade, nos primeiros dez anos de vigência do CDC (até a promulgação do Código Civil de 2002). Segundo, a ausência de normas de correção do desequilíbrio contratual e proteção do contratante mais fraco fora do regime do CDC. Esta segunda causa de aplicação das normas de direito do consumidor não restou superada pela vigência do Código Civil de 2002, uma vez que este dirá respeito ao regramento das relações entre iguais, mantendo-se para os desiguais o regime do CDC.

De outro modo, a presença do artigo 29 do CDC, e sua definição de consumidor equiparado (todos os que estejam *expostos* às práticas previstas na norma), conforme já mencionamos, abre a possibilidade de aplicação extensiva das normas do CDC a outros contratos que não se caracterizem como contratos de consumo. Imaginava-se uma tendência, com a vigência do Código Civil de 2002, do crescimento da aplicação das normas de direito civil e a gradativa restrição da aplicação do CDC apenas às relações tipicamente de consumo.⁴⁷ Todavia, a experiência recente demonstra que tal situação não vem ocorrendo na intensidade prevista originalmente.

A interpretação maximalista, assim, considera consumidor o destinatário fático do produto ou serviço, ainda que não o seja necessariamente seu destinatário econômico. Em outros termos, basta para qualificar-se como consumidor, segundo os maximalistas, que se adquira ou utilize o produto ou serviço, não sendo preciso que a partir do ato de consumo sejam retirados do mercado, ou que não sejam reempregados na atividade econômica.⁴⁸ Segundo esta visão, serão consumidores as empresas que adquirem automóveis ou computadores para a realização de suas atividades, o agricultor que adquire adubo para o preparo do plantio,⁴⁹ ou a empresa que contrata serviço de transporte de pedras preciosas⁵⁰ ou de cartão de crédito.⁵¹ Assim também,

46. *Idem*, p. 254.

47. Neste sentido sugeriam Pasqualotto e Pfeiffer. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil de 2002. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto. *O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 131-151; e MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”, p. 11-82.

48. *Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Responsabilidade do fornecedor*. É de consumo a relação entre o vendedor de máquina agrícola e a compradora que a destina a sua atividade no campo. Pelo vício de qualidade do produto respondem solidariamente o fabricante e o revendedor (artigo 18 do CDC). Por unanimidade, não conhecer do recurso” (STJ, REsp 142.042/RS, 4.^a T., j. 11.11.1997, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

49. *Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes*. 1. A expressão “destinatário final”, constante da parte final do artigo 2.^o do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento” (STJ, REsp 208.793/MT, 3.^a T., j. 18.11.1999, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

50. Assim decidiu o STJ em caso que envolve o extravio de carga de esmeraldas na prestação de serviço de transporte aéreo internacional: “Responsabilidade civil. Transporte aéreo internacional. Extravio de carga. Código de Defesa do Consumidor. Para a apuração da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional pelo extravio da carga, aplica-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor. Recurso conhecido pela divergência, mas desprovido” (STJ, REsp 171.506/SP, j. 21.09.2000, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior; DJU 05.03.2001, p. 167).

51. “Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada. – Aquele que exerce

o Estado pode ser considerado consumidor quando adquire produtos para uso próprio em suas atividades administrativas. Por fim, refira-se, com relação aos contratos bancários, em que a tendência do Superior Tribunal de Justiça era a de considerar amplamente a aplicação do conceito de consumidor equiparado aos contratantes com instituições bancárias, financeiras e securitárias.⁵² Esta posição, todavia, vem sofrendo moderações. Este é o caso quando o “financiamento obtido pelo empresário for destinado precipuamente a incrementar sua atividade negocial”, hipótese em que não deve “ser qualificado como destinatário final, porquanto inexistente a pretendida relação de consumo”.⁵³

A ampliação conceitual da noção de consumidor, e a consequente extensão do âmbito de aplicação do CDC dão causa, deste modo, a sua aplicação com o objetivo de fazer incidir os preceitos do direito do consumidor na regulação das relações contratuais das partes. Para tanto, concentra-se no conceito de *destinatário final fático* dos produtos ou serviços⁵⁴, beneficiando os contratantes considerados consumidores, pela incidência dos preceitos da boa-fé e do equilíbrio previstos nas normas de proteção previstas no microsistema.

5.2.3.3 O “finalismo aprofundado”

Em meio às duas principais correntes de interpretação do conceito de consumidor – finalistas e maximalistas – uma terceira visão parece estar se desenvolvendo na jurisprudência brasileira contemporânea. Trata-se do que Claudia Lima Marques denominou em nossos *Comentários*,⁵⁵ como *finalismo aprofundado*. Este *tertium genus* entre as correntes de interpretação do conceito jurídico de consumidor resulta do desenvolvimento, sobretudo pela jurisprudência, de critérios mais exatos para a extensão conceitual, por equiparação, dos conceitos estabelecidos pelo CDC.

Neste sentido, a interpretação finalista aprofundada apresenta-se a partir de dois critérios básicos: a) primeiro, de que a extensão do conceito de consumidor por equiparação é medida excepcional no regime do CDC; b) segundo, que é requisito essencial para esta extensão con-

empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros. – O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa” (STJ, CComp 41.056/SP, j. 23.06.2004, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 20.09.2004, p. 181).

52. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 281.

53. STJ, AgRg no AREsp 386.182/AP, 4.ª T., j. 22.10.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 28.10.2013. No mesmo sentido: REsp 963.852/PR, Rel. Min Antonio Carlos Ferreira, 4.ª Turma, j. 21.08.2014, DJe 06.10.2014.

54. Assim parece se orientar decisão do STJ em que aplicou o CDC a contrato de seguro empresarial, sob o argumento de que a pessoa jurídica em questão visava garantir interesse sobre o próprio patrimônio e não riscos relativos a sua relação com clientes: REsp 1352419/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 19.08.2014, DJe 08.09.2014

55. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 85. Veja-se, mais recentemente, defendendo o acerto desta corrente de interpretação, o trabalho monográfico de: OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Consumidor-empresário. A defesa do finalismo mitigado*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012. p. 103 e ss.

ceitual e por intermédio da equiparação legal (artigo 29), o reconhecimento da vulnerabilidade da parte que pretende ser considerada consumidora equiparada.

O Superior Tribunal de Justiça passou a sustentar este entendimento em alguns julgados de relatoria da Min. Fátima Nancy Andrighi, dentre os quais destacamos: “*Direito do consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação na hipótese dos autos. Foro de eleição. Exceção de incompetência. Rejeição.* – A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos artigos 17 e 29 do CDC. – Mesmo nas hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência do STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes. – É lícita a cláusula de eleição de foro, seja pela ausência de vulnerabilidade, seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à boa-fé objetiva das partes, nem tampouco dele resulte inviabilidade ou especial dificuldade de acesso à Justiça. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 684.613/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 21.06.2005, DJU 01.07.2005, p. 530).⁵⁶

Ou ainda, no mesmo sentido: “*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 (artigo 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 polos, 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 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. – São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas. – Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal). Recurso especial não conhecido” (REsp 476.428/SC, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005, p. 390).

Esta utilização do critério da vulnerabilidade para ampliação do âmbito de incidência do CDC, contudo, justifica-se também como critério adotado pela jurisprudência para afastar a aplicação da norma. Assim é o caso em que se tenha verificado o expressivo porte financeiro ou econômico: “da pessoa tida por consumidora (hipersuficiência); do contrato celebrado entre as partes; ou de outra circunstância capaz de afastar, em tese, a vulnerabilidade econômica,

56. No mesmo sentido: “*Direito civil. Consumidor. Agravo no recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação.* – A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos artigos 17 e 29 do CDC. Negado provimento ao agravo” (STJ, AgRg no REsp 687.239/RJ, j. 06.04.2006, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, DJU 02.05.2006, p. 307).

jurídica ou técnica”,⁵⁷ como é o caso de precedentes citados no acórdão do STJ, que rejeitam a aplicação do CDC na hipótese de contratos para aquisição de equipamentos hospitalares de valor vultuoso.⁵⁸ O reconhecimento ou não da vulnerabilidade passa a servir, então, tanto para situações excepcionais, em que a pessoa jurídica empresária, embora não sendo destinatária final fática e econômica, é classificada como consumidora, quanto para excluir, em circunstâncias excepcionais, a aplicação das normas de proteção ao consumidor quando presentes condições particulares do adquirente ou usuário, que o coloquem em situação de superioridade em relação ao vendedor ou prestador de serviços.⁵⁹ O princípio da vulnerabilidade, nesta linha de

57. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 250.

58. 2.ª Seção, CComp 32.270/SP, j. 10.10.2001, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 11.03.2002; AgRg nos EDcl no REsp 561.853-MG, 3.ª T., j. 27.04.2004, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU 24.05.2004; REsp 519.946-SC, 4.ª T., j. 09.09.2003, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 28.10.2003 e REsp 457.398-SC, 4.ª T., j. 12.11.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 09.12.2002.

59. “Processo civil e consumidor. Agravo de instrumento. Concessão de efeito suspensivo. Mandado de segurança. Cabimento. Agravo. Deficiente formação do instrumento. Ausência de peça essencial. Não conhecimento. Relação de consumo. Caracterização. Destinação final fática e econômica do produto ou serviço. Atividade empresarial. Mitigação da regra. Vulnerabilidade da pessoa jurídica. Presunção relativa. Por ser garantia constitucional, não é possível restringir o cabimento do mandado de segurança para as hipóteses em que a concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento provoca lesão ou grave ameaça de lesão a direito líquido e certo do jurisdicionado. Precedentes. A fim de bem cumprir a exigência contida no artigo 525, I, do CPC, deve a parte instruir o agravo de instrumento com cópia da cadeia completa de instrumentos de mandato, com vistas a possibilitar a identificação dos advogados que efetivamente representam as partes. Esse entendimento prestigia o princípio da segurança do processo, e não pode ser olvidado. O rigor procedimental não é prática que deva subsistir por si mesma. No entanto, na hipótese em apreciação, a aplicação do formalismo processual é requisito indispensável para o fortalecimento, desenvolvimento e caracterização da legítima representação das partes, em preciso atendimento aos elementos indispensáveis da ação. Precedentes. A falta de peça essencial e, pois, indispensável ao julgamento do agravo de instrumento, ainda que estranha ao elenco legal das obrigatórias, impede o conhecimento do recurso. Precedentes. A jurisprudência consolidada pela 2.ª Seção deste STJ entende que, a rigor, a efetiva incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no artigo 4.º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra. Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos artigos 5.º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica. Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade

entendimento, firma-se como critério principal para determinação do conceito de consumidor e, em consequência, da aplicação das normas do CDC.⁶⁰

A adoção da vulnerabilidade como critério básico para definição de consumidor, e da aplicação das normas de proteção previstas no microsistema do CDC é acompanhada da revisão e ampliação do próprio significado e alcance do princípio da vulnerabilidade. Tradicionalmente – e como já se mencionou – o significado de vulnerabilidade no CDC desenvolveu-se a partir de três grandes espécies: técnica, jurídica e fática.⁶¹ A vulnerabilidade técnica é a falta de conhecimentos técnicos específicos sobre o objeto (produto ou serviço) da relação de consumo, da qual o consumidor é parte; a vulnerabilidade jurídica consiste na falta de conhecimento pelo consumidor, acerca dos seus direitos e das repercussões da relação jurídica estabelecida; e a vulnerabilidade fática, espécie residual, abrangendo uma série de circunstâncias em que por falta de condições econômicas, físicas ou psicológicas do consumidor,⁶² este se coloca em posição de debilidade relativamente ao fornecedor.

A decisão do REsp 476.428-SC, mencionada acima,⁶³ propõe contudo, uma ampliação do conceito de vulnerabilidade para além das situações que são usualmente reconhecidas. Observa a Min. Nancy Andriahi, que “não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em

que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A ‘paridade de armas’ entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não. Recurso provido” (STJ, RMS 27.512/BA, 3.ª T., j. 20.08.2009, rel. Min. Nancy Andriahi, *DJe* 23.09.2009) No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.149.195/PR, 3.ª T., j. 25.06.2013, rel. Min. Sídney Beneti, *DJe* 01.08.2013.

60. “Processo Civil e Consumidor. Contrato de compra e venda de máquina de bordar. Fabricante. Adquirente. Vulnerabilidade. Relação de consumo. Nulidade de cláusula eletiva de foro. 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ 16.05.2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confecionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial” (STJ, REsp 1.010.834/GO, 3.ª T., j. 03.08.2010, rel. Min. Nancy Andriahi, *DJe* 13.10.2010).
61. Adotou-se, em princípio, a classificação proposta por MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 4. ed., São Paulo: RT, 2002, p. 252 e ss.
62. Veja-se, identificando um número maior de projeções da vulnerabilidade, a obra de: MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
63. Veja-se, igualmente, nossos comentários ao julgado: MIRAGEM, Bruno. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal (STJ, REsp 476.428/SC, rel. Min. Fátima Nancy Andriahi, j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005). Comentário de jurisprudência. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 62, p. 259. São Paulo: RT, abr.-jun. 2007.

exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores". Segundo o raciocínio esposado, há situações tipicamente de mercado, as quais não se confundem com necessidades puramente de consumo ou da posição individual do consumidor, senão de fatos que anteriormente encontravam-se confinados aos domínios de outras disciplinas jurídicas, como o direito da concorrência, ou o direito empresarial.

Em outros termos, segundo esta linha de entendimento, a dependência de uma das partes de uma relação interempresarial, em acordo com circunstâncias específicas, poderá caracterizar sua vulnerabilidade para efeito da aplicação das normas do CDC de modo exclusivo, ou em comum com outras normas incidentes no caso.⁶⁴ Esta tese, contudo, deve responder antes a duas questões específicas: *primeiro*, se o reconhecimento da vulnerabilidade e a aplicação das normas do CDC afastam a aplicação das leis próprias da relação entre empresários (Código Civil) ou de proteção da concorrência (Lei 12.529/2011); *segundo*, se há de se considerar, para identificação da vulnerabilidade, um grau de intensidade na desigualdade de posições jurídicas e conseqüente fraqueza da parte a ser qualificada como consumidora.

O STJ, porém, vem mais recentemente utilizando-se da expressão "consumidor intermediário", a qual, conforme foi mencionado quando tratou-se da interpretação artigo 29 do CDC, não parece ser a melhor opção. Afinal, não é o fato de ser consumidor fisicamente ou não um determinado produto ou serviço que autoriza a equiparação a consumidor, mas sim a presença *in concreto* da vulnerabilidade em uma determinada relação jurídica.

E essa vulnerabilidade exigida como pressuposto da aplicação da equiparação legal não se restringe apenas à hipótese de vulnerabilidade fática econômica. É possível reconhecê-la também na situação de vulnerabilidade técnica, quando, por exemplo, pessoa jurídica que pretenda a equiparação demonstre que não era especialista e não conhecia as informações técnicas relativas ao produto ou serviço contratado, assim como que tais conhecimentos não lhe

64. "Recurso Especial. Ação de Reintegração de Posse. Contrato de locação com opção de compra de equipamento. Máquina fotocopidora. Xerox. Transmutação para contrato de compra e venda a prazo. Princípio da autonomia privada. Multa contratual reduzida para 2%. Redução que não compromete a mora reconhecida em prova pericial. Resolução. Reintegração da posse das máquinas. 1. Negativa de prestação jurisdicional não caracterizada, pois a circunstância de o acórdão recorrido não haver adotado a tese da recorrente não significa dizer que não prestou a jurisdição devida. 2. Ampliação do conceito básico de consumidor (artigo 2.º) para outras situações contratuais, com fundamento no artigo 29 do CDC, quando caracterizada a condição de vulnerabilidade do contratante. 3. Inocorrência de reconhecimento, de ofício, de abusividade das cláusulas contratuais, pois, na apelação, houve a provocação do tribunal de origem, que acolheu a insurgência. Inaplicabilidade da Súmula 381/STJ. 4. Validade dos 'contratos de locação com opção de compra' de máquinas fotocopadoras, não se justificando sua transmutação em 'compra e venda à prestação'. Concreção do princípio da autonomia privada em sua dimensão primária (liberdade contratual). 5. Manutenção da redução da multa contratada de 10% para 2% por terem sido os pactos firmados após a edição da Lei 9.298/96. 6. Caracterizada a mora, com o inadimplemento de número expressivo de prestações, procede o pedido de reintegração de posse. 7. Dissídio jurisprudencial reconhecido, em face de precedente específico acerca do tema (REsp 596.911/RS): Recurso Especial Parcialmente Conhecido e, nesta parte, Provido" (STJ, REsp 861.711/RS; 3.ª T., j. 14.04.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 17.05.2011).

eram exigíveis.⁶⁵ Da mesma forma, este entendimento parte da compreensão do princípio da vulnerabilidade em sentido mais amplo. Assim referiu-se a Min. Nancy Andrighi, no julgamento do recurso especial mencionado, ao observar que a função do critério da vulnerabilidade é a de “abrandar o critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique caracterizada a relação de consumo”.⁶⁶ Para tanto, sustenta que a vulnerabilidade “não se define tão somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores”. Ou seja, sustenta a compreensão, no significado de vulnerabilidade, de aspectos até então relativos exclusivamente à estrutura das relações interempresariais. Trata-se assim, de um caminho de meio, ao adotar um critério de interpretação para a extensão do conceito de consumidor por equiparação, sobretudo com relação à interpretação do artigo 29 do CDC.

5.3 A DEFINIÇÃO JURÍDICA DE FORNECEDOR

Como já referimos a título introdutório, os conceitos de consumidor e fornecedor são dependentes, relacionais, uma vez que só haverá relação de consumo com a presença destes dois sujeitos. Neste sentido, se por consumidor tem-se aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, como fornecedor observa-se quem oferece os produtos e serviços no mercado de consumo.

O CDC, ao definir fornecedor, refere em seu artigo 3.º, *caput*: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Destaca-se a amplitude da definição legal. O legislador não distingue a natureza, regime jurídico ou nacionalidade do fornecedor. São abrangidos, pelo conceito, tanto empresas estrangeiras ou multinacionais, quanto o próprio Estado, diretamente ou por intermédio de seus

65. “Direito do consumidor. Aquisição e instalação de aparelhos de ar condicionado. Princípio da informação e da transparência. Artigo 6.º, inciso III, CDC. Ineficiência do projeto. Falha na prestação do serviço. Dano moral. Inocorrência. Inadimplemento contratual. Súmula 75 do TJ. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária, excepcionalmente, quando reconhecida a sua vulnerabilidade no caso concreto, ou seja, somente nos casos em que evidenciada uma típica relação de consumo. Logo, é de se concluir que a vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica só deva ser aferido casuisticamente. No caso em exame, a vulnerabilidade técnica da autora se mostra evidente, diante da escolha e contratação de uma empresa especializada em instalação de ar refrigerado, o que demanda conhecimento técnico específico (...)” (TJRJ, ApCiv 0005587-12.2007.8.19.0209, 1.ª Cam. Civ., j. 11.10.2011, rel. Maldonado de Carvalho). Da mesma forma, considera-se consumidor o adquirente de uma máquina de produzir sorvetes, que não logra utilizá-la em razão da falta de informações técnicas suficientes, e de suporte por parte do fabricante (TJRS, ApCiv 70042676122, 10.ª Cam. Civ., j. 29.03.2012, rel. Ivan Balson Araújo).

66. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 59, p. 249. São Paulo: RT, jul.-set. 2006.

Órgãos e Entidades, quando realizando atividade de fornecimento de produto ou serviço no mercado de consumo. Da mesma forma, com relação ao elemento dinâmico da definição (desenvolvimento de atividade), o CDC buscou relacionar ampla gama de ações, com relação ao fornecimento de produtos e à prestação de serviços. Neste sentido, é correto indicar que são fornecedores, para os efeitos do CDC, todos os membros da cadeia de fornecimento, o que será relevante ao definir-se a extensão de seus deveres jurídicos, sobretudo em matéria de responsabilidade civil.

A amplitude na definição conceitual é observada em outros países. Assim a Lei de Proteção do Consumidor da Bélgica, que ao definir fornecedor, com vista à delimitação do âmbito de aplicação de suas regras, refere como tal, *toda a pessoa física ou jurídica que vende produtos ou serviços em uma atividade profissional ou em vista da realização de um objetivo estatutário, os órgãos públicos ou pessoas jurídicas em que o Poder Público possui interesses preponderantes, que exercem uma atividade comercial, financeira ou industrial, e que ofereçam ou vendam produtos ou serviços*. E por fim, indica ainda como fornecedores as pessoas que exercem, com ou sem finalidade lucrativa, atividade de caráter comercial, financeiro ou industrial, em nome próprio ou de terceiros, dotadas ou não de personalidade jurídica, que ofereça ou realize a venda de produtos ou serviços.⁶⁷

No caso do CDC, a definição de fornecedor não é exaurida pelo *caput* do artigo 3.º, senão que deve ser interpretado em acordo com os conceitos de produto e serviço (objetos da relação de consumo), estabelecidos nos incisos I e II da mesma disposição.

Neste sentido, por exemplo, é que a referência do artigo 3.º, § 2.º, relativamente à necessidade da existência de remuneração na prestação de serviços para fazer incidir as normas do CDC, vai irradiar-se para toda a definição de fornecedor, indicando a finalidade econômica da atividade de fornecimento. Ou, em outros termos, que a atividade de fornecimento de produtos (cuja definição não menciona expressamente a exigência de remuneração) e de prestação de serviços, devem desenvolver-se como espécie de atividade econômica do fornecedor.

5.3.1 O fornecedor como profissional

Não exige a legislação brasileira, de modo expresso, que o fornecedor de produtos e serviços seja um profissional. O requisito de profissionalidade, expressamente referido em diversas leis estrangeiras, não constitui elemento da definição presente no artigo 3.º do CDC. Por outro lado, segundo observam alguns autores, o próprio significado etimológico da expressão “fornecer”, remonta a noções como a de “prover, abastecer, guarnecer, dar, ministrar, facilitar ou proporcionar”.⁶⁸ O legislador, ao referir que o fornecedor é aquele que “desenvolve atividades” de produção, distribuição, comercialização, entre outras, permite interpretar o conceito vinculado a uma certa habitualidade desta conduta.

67. Assim o artigo 1.º, 6, da Lei Belga (no original): “6. *Vendeur*: a) tout commerçant ou artisan ainsi que toute personne physique ou morale qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services, dans le cadre d'une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire; b) les organismes publics ou les personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant qui exercent une activité à caractère commercial, financier ou industriel et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services; c) les personnes qui exercent avec ou sans but de lucre une activité à caractère commercial, financier ou industriel, soit en leur nom propre, soit au nom ou pour le compte d'un tiers doté ou non de la personnalité juridique et qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services”.

68. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 113.

Por si, todavia, não basta para que preemptoriamente se considere o fornecedor como profissional. Uma boa questão para examinar-se qual a interpretação adequada ao conceito de fornecedor, é se a abrangência conceitual da definição do CDC permite que se considere fornecedor aqueles que, em caráter eventual realizem atividade de fornecimento. Assim por exemplo, uma associação de moradores que realize uma festa junina anual seria responsável, pelo regime do CDC, por eventuais vícios ou defeitos de produtos ou serviços oferecidos? Da mesma forma os casos em que, de modo unísono, a doutrina brasileira afasta a incidência do CDC, como o de um contrato de compra e venda de um automóvel entre duas pessoas físicas que não têm nesta atividade sua ocupação principal. Mas e se nesta mesma hipótese, a compra e venda tivesse sido feita por uma loja de automóveis? A aplicação do CDC neste caso e sua exclusão naquele explica-se de que modo?

Poder-se-ia afirmar que o que distingue as situações é a habitualidade com que o fornecedor realiza sua atividade de fornecimento. Todavia, isto é inverter a relação de causa e efeito dos elementos da atividade de fornecimento dentro da relação de consumo. A atividade do fornecedor é *habitual* porque ela é *profissional*. Ou seja, em nosso entendimento, ainda que não esteja expresso em lei, ao indicar a atividade do fornecedor certa habitualidade, assim como a remuneração, o legislador remete ao critério de desenvolvimento profissional desta atividade. Daí porque a profissionalidade configura um requisito do conceito de fornecedor.

Todavia, o que é ser um profissional? A noção de profissionalismo está vinculada a uma especialidade, um conhecimento especial e presumivelmente abrangente sobre dada atividade que se exerce, e cujas características essenciais são conhecidas, utilizando-se deste conhecimento como meio de vida. Neste sentido, o profissional tem, em relação ao não profissional, uma superioridade em termos de conhecimento daquelas características do produto ou serviço que fornece. É o caso de uma grande empresa com relação à massa de consumidores de seus produtos ou de um pequeno mecânico com relação ao dono de um automóvel que lhe contrata para resolver problema no funcionamento do veículo. Em ambos os casos, o elemento comum que distingue os fornecedores é seu caráter profissional e seus efeitos sobre a relação de consumo – nos casos citados, a vulnerabilidade técnica do consumidor.

Por outro lado, o caráter profissional do oferecimento de produto ou serviço revela também a *natureza econômica* dessa atividade. O caráter profissional da atividade a caracteriza como atividade econômica, uma vez que o fornecedor a desenvolve visando determinada vantagem econômica – geralmente a contraprestação pecuniária ou remuneração. Isto, contudo, não significa que o profissional necessariamente deva ter fins lucrativos.⁶⁹ Basta que ofereça seus serviços mediante remuneração, pouco importando qual a finalidade, por exemplo, da pessoa jurídica que presta estes serviços. 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.⁷⁰ E da mesma forma, as enti-

69. STJ, AgRg no AREsp 187.473/DF, 4.ª T., j. 25.06.2013, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 01.08.2013.

70. Neste sentido decidiu o STJ: “Processual civil. Recurso especial. Sociedade civil sem fins lucrativos de caráter beneficente e filantrópico. Prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e jurídicos a seus associados. Relação de consumo caracterizada. Possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor. – Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins

dades esportivas, independente de sua natureza jurídica, equiparadas a fornecedoras de serviços nos termos do art. 3.º da Lei 10.671/2003 (Estatuto de Defesa do Torcedor),⁷¹ para efeito de aplicação comum das disposições do CDC e desta Lei para em proteção do interesse do público de competições esportivas.⁷²

A natureza econômica desta atividade é que fundamenta a imposição dos deveres jurídicos ao fornecedor, que a princípio é quem usufrui das vantagens econômicas decorrentes da relação jurídica com o fornecedor, ao mesmo tempo em que dispõe do controle dos meios e instrumentos necessários à efetivação de uma relação de consumo. Isto termina por determinar a relação de *subordinação fática* do consumidor em relação ao fornecedor.

5.3.2 O fornecedor como agente econômico no mercado de consumo

Outro elemento conceitual da definição jurídica de fornecedor no direito brasileiro é o de *mercado de consumo*. Isto porque o artigo 3.º, § 2.º, ao definir serviço, refere que se trata de *qualquer atividade fornecida no mercado de consumo*. Igualmente, ao regular a responsabilidade pelo fato do produto, estabelece nos artigos 12, § 3.º como causa de exclusão da responsabilidade, a prova de que *não tenha colocado o produto no mercado*.

O significado da expressão *mercado de consumo*, neste sentido, também se trata de noção fluida. Calvão da Silva, ao tratar, no direito português, sobre a não colocação do produto no mercado como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, sintetiza-o como o fato de o fornecedor não ter lançado o mesmo no tráfico comercial.⁷³ No direito brasileiro, igualmente, Sílvio Ferreira da Rocha interpreta a expressão como o ato de colocar em circulação, mediante o oferecimento a qualquer outra pessoa.⁷⁴

Para nós, *mercado de consumo* é o espaço ideal e não institucional, onde se desenvolvem as atividades de troca de produtos e serviços avaliáveis economicamente, mediante oferta irrestrita aos interessados e visando, por um lado, à obtenção de vantagens econômicas (por parte dos fornecedores), e por outro a satisfação de necessidades pela aquisição ou utilização destes

lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 519.310/SP, j. 20.04.2004, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 24.05.2004, p. 262). E mais recentemente, com o mesmo entendimento: STJ, AgRg no Ag 1.215.680/MA, 4.ª T., j. 25.09.2012, rel. Min. Maria Isabel Galloti, DJe 03.10.2012.

71. Dispõe o art. 3.º da Lei 10.671/2003: "Para todos os efeitos legais, equiparam-se a fornecedor, nos termos da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, a entidade responsável pela organização da competição, bem como a entidade de prática desportiva detentora do mando de jogo".
72. Neste sentido o voto do Min. Cesar Peluso na ADI 2937/DF, ao referir que "tal equiparação não é apenas obra da lei, mas conclusão necessária da relação jurídica que enlaça os eventos desportivos profissionais e os torcedores. Fere qualquer conceito de justiça imaginar que pequena lavanderia possa ser responsabilizada, quando cause dano ao cliente, mas organizadores de eventos milionários, de grande repercussão, com público gigantesco, e que se mantêm graças à paixão dos torcedores que pagam pelo ingresso e pelos produtos associados, já não suportem nenhuma responsabilidade sob pretexto de se não enquadrarem no conceito ou classe dos fornecedores. Todo fornecedor ou prestador de espetáculo público responde pelos danos de suas falhas." (STF, ADI 2937, j. 23.02.2012, rel. Min. Cesar Peluso, DJe 29.05.2012)
73. CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 668.
74. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992. 103-104.

produtos e serviços (por parte dos consumidores). Trata-se de um espaço não institucional em face de seu caráter não formal e independente de estrutura pré-determinada (o *ser*). Neste sentido, cabe ao direito (o *dever-ser*) ordenar, regular o mercado de consumo, fixando objetivos, limites ou proibições. Todavia, o caráter dinâmico e autossuficiente do mercado, produto de necessidades espontâneas do ser humano, impede que pelo direito seja o mesmo criado ou suprimido, senão apenas regulado.

Atuar no mercado de consumo, como faz o fornecedor, significa oferecer seus produtos e serviços neste espaço de negócios, colocando-os à disposição dos consumidores. A atuação no mercado de consumo, faz com que muitos serviços que não se considerem oferecidos neste o mercado sejam afastados da incidência das normas do CDC, como é o caso do fornecimento de crédito para estudantes por intermédio de programa governamental (crédito educativo), causando a impossibilidade de discussão dos termos do contrato segundo as regras do CDC.⁷⁵ Em que pese este entendimento, contudo, observê-se que no que se refira especificamente à atividade de intermediação bancária para efetivação deste programa de crédito educativo, nada justifica a não aplicação da legislação consumerista. Da mesma forma se dá, sob o argumento de que se trata de programa governamental, a exclusão da incidência do CDC aos contratos de financiamento imobiliário que se enquadrem no Sistema Financeiro da Habitação, e estejam vinculados à garantia governamental em relação ao saldo devedor,⁷⁶ mantendo-se, contudo, a

75. “Administrativo. Contrato de crédito educativo. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. 1. Esta Turma tem decidido reiteradamente que, na relação travada com o estudante que adere ao programa do crédito educativo, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do artigo 3.º, § 2.º, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes citados. 2. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 1.155.684/RN (rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 18.05.2010), submetido ao procedimento de que trata o artigo 543-C do Código de Processo Civil, confirmou a orientação desta Turma, no sentido da inaplicabilidade das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de financiamento estudantil. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.236.861/RS, 2.º T., j. 05.04.2011, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 13.04.2011) No mesmo sentido: “Administrativo. Contrato de crédito educativo. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. 1. É pacífico no STJ que o Contrato de Crédito Educativo – programa governamental que visa subsidiar curso universitário de graduação de estudante com recursos, próprios ou familiares, insuficientes para o custeio de seus estudos - não é relação de consumo. Inaplicáveis, portanto, os dispositivos do CDC. 2. *In casu*, havendo o Tribunal de origem limitado em 2% a multa decorrente do inadimplemento das obrigações, nos termos do artigo 52, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor, deve ser reformado o acórdão, mantendo-se a sanção pecuniária prevista no Contrato de Crédito Educativo. 3. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 1.250.083/RS, 2.ª T., j. 14.06.2011, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 31.08.2011); “Administrativo. Recurso especial. Programa de crédito educativo. Código de defesa do consumidor. Inaplicabilidade. Precedentes. 1. A Segunda Turma do STJ já firmou entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) é inaplicável aos contratos de crédito educativo (regidos pela Lei 8.436/92). 2. Recurso especial provido” (STJ, REsp 539.381/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, 2.ª T., j. 06.02.2007, DJU 26.02.2007, p. 570). No mesmo sentido: “administrativo. Contrato de crédito educativo. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. 1. Os contratos de crédito educativo têm por objetivo subsidiar a educação superior e são regidos pela Lei 8.436/92. Não se trata de relação de consumo, descabendo cogitar de aplicação das normas do CDC. Precedente. 2. Recurso especial improvido” (REsp 560405/RS, j. 21.09.2006, rel. Min. Castro Meira, DJU 29.09.2006, p. 248).

76. “Recurso especial. Processual civil e administrativo. Sistema financeiro da habitação – SFH. Cobertura do FCVS. Não incidência do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Avença de feição pública. Normas de direito administrativo. Precedente da 1.ª Seção deste STJ. Utilização da taxa referen-

aplicação da legislação consumerista em relação aos demais contratos do SFH em que ausente esta participação estatal.⁷⁷ Da mesma forma afasta-se a aplicação do CDC às relações sindicais, entre sindicato e sindicalizado, em razão da falha na prestação de serviços⁷⁸. E por fim, cumpre

cial (TR) Como índice de atualização monetária. Possibilidade, se pactuado após a Lei 8.177/91. Deficiência na fundamentação recursal. Ausência de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. 1. A incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de financiamento para aquisição de casa própria regidos pelas regras do SFH foi decidida pela Primeira Seção no sentido de que: (i) naqueles contratos regidos pelo FCVS, cujo saldo devedor é suportado por fundo público gerido pela CEF, sua feição pública atrairá a incidência de normas do direito administrativo pertinentes, com exclusão das normas de direito privado; (ii) Ao contrário, nos contratos sem a cobertura do FCVS, sua natureza privada". Atrairá a incidência das normas civilistas e do Código de Defesa do Consumidor, consoante assente no âmbito da 1.ª Seção deste Sodalício (1.ª Seção, REsp 489.701/SP, rel. Min. Eliana Calmon, j. 28 de fevereiro de 2007) (...)" (STJ, REsp 727.704/PB, j. 17.05.2007, rel. Min. Luiz Fux, DJU 31.05.2007, p. 334). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 920.075/RS, 2.ª T., j. 06.12.2012, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 11.12.2012.

77. "Processo civil. Sistema financeiro da habitação. Contrato com cobertura do FCVS. Inaplicabilidade do código de defesa do consumidor se colidentes com as regras da legislação própria. 1. O CDC é aplicável aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, incidindo sobre contratos de mútuo. 2. Entretanto, nos contratos de financiamento do SFH vinculados ao Fundo de Compensação de Variação Salarial – FCVS, pela presença da garantia do Governo em relação ao saldo devedor, aplica-se a legislação própria e protetiva do mutuário hipossuficiente e do próprio Sistema, afastando-se o CDC, se colidentes as regras jurídicas. 3. Os litígios oriundos do SFH mostram-se tão desiguais que as Turmas que compõem a Seção de Direito Privado examinam as ações sobre os contratos sem a cláusula do FCVS, enquanto as demandas oriundas de contratos com a cláusula do FCVS são processadas e julgadas pelas Turmas de Direito Público. 4. Recurso especial improvido (STJ, REsp 489.701/SP, j. 28.02.2007, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 16.04.2007, p. 158). No mesmo sentido: "Agravo Regimental. Recurso Especial. Processual Civil e Consumidor. Ação revisional de contrato de mútuo habitacional. CDC. Aplicabilidade. Inversão do ônus da prova. Reexame de matéria de fato. Apreciação de acordo com o pedido do recorrente. Não obrigatoriedade de pagamento dos honorários periciais. 1. Assente no STJ o entendimento de que são aplicáveis as normas de direito do consumidor aos contratos de mútuo habitacional, salvo quando se tratar de hipótese vinculada ao FCVS. Precedentes. 2. Inviável o recurso especial se necessário o reexame de matéria de fato. 3. Agravo desprovido" (AgRg no REsp 810.950/SP, 3.ª T., j. 19.05.2011, rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, DJe 27.05.2011).
78. Direito civil. Ação de reparação de danos materiais e morais ajuizada por sindicalizada em face de sindicato e de advogada. Alegada má prestação de serviços advocatícios. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade no caso concreto. Prescrição geral. Artigo 205 do Código Civil de 2002. 1. Os sindicatos possuem natureza associativa (enunciado n. 142 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF), e tal como ocorre com as associações, o que é determinante para saber se há relação de consumo entre o sindicato e o sindicalizado é a espécie do serviço prestado. Cuidando-se de assistência jurídica ofertada pelo órgão, não se aplica a essa relação as normas do Código de Defesa do Consumidor. 2. Com efeito, a prescrição da pretensão autoral não é regida pelo artigo 27 do CDC. Porém, também não se lhe aplica o artigo 206, § 3.º, V, do CC/2002, haja vista que o mencionado dispositivo possui incidência apenas quando se tratar de responsabilidade civil extracontratual. 3. No caso, cuida-se de ação de indenização do mandante em face do mandatário, em razão de suposto mau cumprimento do contrato de mandato, hipótese sem previsão legal específica, circunstância que faz incidir a prescrição geral de 10 (dez) anos do artigo 205 do CC/2002, cujo prazo começa a fluir a partir da vigência do novo diploma (11.01.2003), respeitada a regra de transição prevista no artigo 2.028. 4. Ressalva de fundamentação do Ministro Marco Aurélio Buzzi e da Ministra Maria Isabel Gallotti. 5. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1150711/MG, 4.ª T., j. 06.12.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.03.2012).

referir no mesmo sentido, o controvertido entendimento do STJ, que afasta a aplicação das normas de proteção do consumidor aos contratos de prestação de serviços por advogados a seus clientes, sob o argumento de que não se constituem serviços oferecidos no mercado de consumo, e que, portanto, não se submetem ao CDC.⁷⁹

Refira-se ainda a situação das cooperativas que ofereçam produtos e serviços no mercado de consumo. Serão fornecedoras em relação ao público em geral. Já a relação entre cooperativado e cooperativa, como regra, rege-se pela legislação própria do setor, não se caracterizando

79. A questão da aplicação do CDC aos serviços advocatícios não era, em um primeiro momento pacífica no Superior Tribunal de Justiça. Inicialmente, o entendimento da Corte era pela aplicação do CDC. Neste sentido: "Prestação de serviços advocatícios. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. I – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas. II – Caracterizada a sucumbência recíproca devem ser os ônus distribuídos conforme determina o artigo 21 do CPC. III – Recursos especiais não conhecidos." (STJ, REsp 364.168/SE, j. 20.04.2004, rel. Min. Antônio de Padua Ribeiro, DJU 21.06.2004, p. 215). Outro entendimento, contudo, passou a ser dominante na Corte, tendo se consolidado no sentido de considerá-lo inaplicável o CDC aos contratos de prestação de serviços advocatícios: "Processo civil. Ação de conhecimento proposta por detentor de título executivo. Admissibilidade. Prestação de serviços advocatícios. Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. O detentor de título executivo extrajudicial tem interesse para cobrá-lo pela via ordinária, o que enseja até situação menos gravosa para o devedor, pois dispensada a penhora, além de sua defesa poder ser exercida com maior amplitude. Não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei 8.906/94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo. As prerrogativas e obrigações impostas aos advogados – como, v.g., a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (artigos 31, § 1.º e 34/III e IV, da Lei 8.906/94) – evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 532.377/RJ, j. 21.08.2003, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, RT 220/228). E no mesmo sentido: "Processual. Ação de arbitramento de honorários. Prestação de serviços advocatícios. Código de Defesa do Consumidor. Não aplicação. Cláusula abusiva. Pacta sunt servanda. – Não incide o CDC nos contratos de prestação de serviços advocatícios. Portanto, não se pode considerar, simplesmente, abusiva a cláusula contratual que prevê honorários advocatícios em percentual superior ao usual. Prevalece a regra do *pacta sunt servanda*" (STJ, REsp 757.867/RS, j. 21.09.2006, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 09.10.2006, p. 291). Mais recentemente: "Direito Civil. Contrato de honorários *quota litis*. Remuneração *ad exitum* fixada em 50% sobre o benefício econômico. Lesão. 1. A abertura da instância especial alegada não enseja ofensa a Circulares, Resoluções, Portarias, Súmulas ou dispositivos inseridos em Regimentos Internos, por não se enquadrarem no conceito de lei federal previsto no artigo 105, III, 'a', da Constituição Federal. Assim, não se pode apreciar recurso especial fundamentado na violação do Código de Ética e Disciplina da OAB. 2. O CDC não se aplica à regulação de contratos de serviços advocatícios. Precedentes. 3. Consubstancia lesão a desproporção existente entre as prestações de um contrato no momento da realização do negócio, havendo para uma das partes um aproveitamento indevido decorrente da situação de inferioridade da outra parte. 4. O instituto da lesão é passível de reconhecimento também em contratos aleatórios, na hipótese em que, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um contratante. 5. Ocorre lesão na hipótese em que um advogado, valendo-se de situação de desespero da parte, firma contrato *quota litis* no qual fixa sua remuneração *ad exitum* em 50% do benefício econômico gerado pela causa. 6. Recurso especial conhecido e provido, revisando-se a cláusula contratual que fixou os honorários advocatícios para o fim de reduzi-los ao patamar de 30% da condenação obtida" (STJ, REsp 1.155.200/DF, 3.ª T., j. 22.02.2011, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 02.03.2011). No mesmo sentido: AgRg no AREsp 616.932/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª Turma, j. 18.12.2014, DJe 06.02.2015.

como relação de consumo. Todavia, podem ocorrer situações nas quais a atividade da cooperativa, na oferta de produtos e serviços, possa atrair a aplicação das regras do CDC, quando caracterizada relação na qual haja o fornecimento de produto ou serviço pela cooperativa ao cooperativado, em relação de vulnerabilidade/dependência deste, que o utiliza como destinatário final. A discussão chegou ao STJ por intermédio de discussão sobre a relação entre cooperativas de crédito e seus cooperativados, chegando-se à aplicação do CDC mediante sua equiparação a instituição financeira.⁸⁰

5.4 O OBJETO DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

Como já afirmamos, ao lado da definição jurídica dos sujeitos da relação de consumo – consumidor e fornecedor – o CDC também vai determinar qual o objeto desta relação, no caso, o *produto* ou o *serviço*. Deste modo, a incidência das normas de proteção do consumidor a uma série de atividades é dependente da caracterização das mesmas como produtos ou serviços na exata definição legal. Muitos agentes econômicos que desejem colocar-se à margem do regime do âmbito de aplicação do CDC, visando à aplicação, por exemplo, das normas gerais do sistema, do Código Civil, vêm recorrendo à estratégia de desqualificar sua atividade econômica como o oferecimento de produtos e serviços. O caso mais notório é o das instituições bancárias que pretenderam colocar-se fora da égide das normas do CDC, em que pese menção expressa do artigo 3.º, § 2.º, às atividades de “natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”, alegando a inconstitucionalidade desta disposição. Tendo sido julgada improcedente a ação em que postulava a declaração de inconstitucionalidade da referência legal a tais atividades, restou assim redigida a ementa da ADIn 2.591/DF: “Artigo 3.º, § 2.º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. Artigo 5.º, XXXII, da CB/88. Artigo 170, V, da CB/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente”.⁸¹

80. “Agravamento regimental. Agravamento em recurso especial. Questão apreciada na decisão agravada e não impugnada nas razões do recurso. Preclusão consumativa e coisa julgada. Cédula de crédito rural. Falta de prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF. Cooperativa. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Multa moratória. 1. A questão apreciada na decisão agravada e não impugnada nas razões do recurso não pode ser analisada por força da preclusão consumativa e da coisa julgada. 2. Aplicam-se os óbices previstos nas Súmulas 282 e 356 do STF quando a norma legal suscitada no recurso especial não foi objeto de debate no acórdão recorrido nem, a respeito, foram opostos embargos de declaração para provocar sua análise. 3. Equiparando-se a atividade da cooperativa àquelas típicas das instituições financeiras, aplicam-se as regras do Código de Defesa do Consumidor. 4. A redução da multa moratória de 10% para 2% é cabível nos contratos celebrados após a vigência da Lei n. 9.298/96. 5. Agravamento regimental desprovido”. (STJ, AgRg no AREsp 711.852/SB, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3.ª Turma, j. 03.12.2015, DJe 11.12.2015).

81. “Embargos de declaração. Legitimidade recursal limitada às partes. Não cabimento de recurso interposto por amicus curiae. Embargos de declaração opostos pelo Procurador-Geral da República conhecidos. Alegação de contradição. Alteração da ementa do julgado. Restrição. Embargos providos. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador-Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de *amicus curiae*. 2. Entida-

Daf porque, atualmente, possuem mesma importância a definição dos elementos subjetivos da relação de consumo – consumidor e fornecedor – e dos elementos objetivos – produto e serviço –, dada a amplitude conceitual admitida pela interpretação das expressões que formam seu conceito.

5.4.1 Definição jurídica de produto

O artigo 3.º, § 1.º, do CDC define produto do seguinte modo: “É todo bem móvel ou imóvel, material ou imaterial”. A definição jurídica de produto, neste sentido, é regra especial em relação ao Livro II do Código Civil que classifica as diferentes classes de bens (móveis, imóveis, particulares, públicos, singulares, coletivos).

No direito comparado, foram várias as soluções legislativas para definição do objeto da relação de consumo. O direito belga, por exemplo, optou por definir produto simplesmente como sendo os “bens móveis corpóreos” (artigo 1.º, item 1, da Lei Belga). No direito canadense, o Código Civil do Quebec refere-se aos contratos de consumo como sendo os relativos a “bens e serviços” (artigo 1.384 do Código Civil do Quebec), distinguindo-os dos demais contratos com respeito apenas à sua destinação. No direito alemão, a definição de consumidor prescindiu do conceito de produto, considerando que preferiu indicá-lo apenas genericamente como quem “conclui um negócio”, vinculando-o à finalidade não profissional e não comercial (§ 13 do BGB). No direito italiano, o recente Código de Consumo de 2005, refere produto como aquele disponível a título oneroso ou gratuito no âmbito de uma atividade comercial, independente do fato de que seja novo ou usado, excluindo apenas as peças de antiquário ou reutilizadas para outro fim (artigo 3, e).

A definição da lei brasileira, neste sentido, é comparativamente mais ampla. A começar, pela previsão de aplicação do conceito de produto a bens móveis e imóveis. Isto implica a aplicação das normas do CDC também a contratos imobiliários, assim como àqueles conexos com estes, como é o caso dos contratos de empréstimo ou financiamento para aquisição do bem imóvel.⁸² Neste caso, as normas do CDC aplicam-se conjuntamente com as normas do Código

des que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aporem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASIL.CON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador-Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: Artigo 3.º, § 2.º, do CDC. Código de Defesa do Consumidor. artigo 5.º, XXXII, da CF/88. Artigo 170, V, da CF/88. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente” (STF, ADIn-ED 2591/DF, j. 14.12.2006, rel. Eros Roberto Grau, DJU 13.04.2007).

82. Em relação aos contratos de financiamento imobiliário, embora quando presente garantia governamental que caracterize iniciativa ou política pública de fomento à habitação, afaste-se a aplicação do CDC, não se deixa de reconhecer a necessidade de proteção do mutuário e a transparência na relação contratual com a instituição financeira: “Direito civil e processual civil. Contratos do sistema

Civil e da legislação civil extravagante. Ou seja, aplicam-se as normas do Código Civil, quanto às solenidades, regras de transmissão da propriedade, e outras pertinentes, sobretudo, ao direito das coisas. E ao CDC cumpre regular o aspecto dinâmico da contratação, assegurando o equilíbrio das prestações, o direito à informação do consumidor, assim como a repressão a práticas e cláusulas abusivas, dentre outros. Todavia, ao tempo em que se admite a aplicação do CDC aos bens móveis como objeto de contratos de compra e venda ou promessa de compra e venda destes bens, ou ainda, mesmo de jazigos em cemitério particular,⁸³ o mesmo não se diga com relação aos contratos que tenham por objeto a locação de imóveis. Isto porque, a relação locatícia, se-

financeiro da habitação. Plano de equivalência salarial. Vinculação aos vencimentos da categoria profissional do mutuário. 1. Inexiste nulidade da sentença se na época oportuna – Embargos de declaração – Não se cogitou dos erros materiais alegados, os quais, não obstante, foram devidamente sanados na decisão de 2.º grau. 2. As Primeira e Segunda Turmas desta Corte Superior já consagraram entendimento de que a União e parte passiva ilegítima *ad causam* para figurar em ações em que se discute o reajustamento da casa própria em face de infração ao decantado Plano de Equivalência Salarial (PES). 3. Nos contratos regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação há de se reconhecer a sua vinculação, de modo especial, além dos gerais, aos seguintes princípios específicos: a) O da transparência, segundo o qual a informação clara e correta, e a lealdade sobre as cláusulas contratuais ajustadas, deve imperar na formação do negócio jurídico; b) O de que as regras impostas pelo SFH para a formação dos contratos, além de serem obrigatórios, devem ser interpretadas com o objetivo expresso de atendimento às necessidades do mutuário, garantindo-lhe o seu direito de habitação, sem afetar a sua segurança jurídica, saúde e dignidade; c) O de que há de ser considerada a vulnerabilidade do mutuário, não só decorrente da sua fragilidade financeira, mas, também, pela ânsia e necessidade de adquirir a casa própria e se submeter ao império da parte financiadora, econômica e financeiramente muitas vezes mais forte; d) O de que os princípios da boa-fé e da equidade devem prevalecer na formação do contrato. 4. Há de ser considerada sem eficácia e efêvida cláusula contratual que implica em reajustar o saldo devedor e as prestações mensais assumidas pelo mutuário, pelos índices aplicados às cadernetas de poupança, adotando-se, consequentemente, a imperatividade e obrigatoriedade do plano de equivalência salarial, vinculando-se aos vencimentos da categoria profissional do mutuário; 5. Recurso improvido” (REsp 157.841/SP, j. 12.03.1998, rel. Min. José Delgado, DJU 27.04.1998, p. 107).

83. “Recurso Especial. Ação Civil Pública. Ministério Público. Direito funerário e do consumidor. Cemitério particular. Contrato de cessão do uso de jazigos e prestação de outros serviços funerários. Aplicabilidade do CDC reconhecida. Limitação da multa moratória em 2%. Restituição simples da quantia indevidamente cobrada. I – Inexistência de violação ao artigo 535 do CPC. II – Legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública visando à defesa de interesses e direitos individuais homogêneos pertencentes a consumidores, decorrentes, no caso, de contratos de promessa de cessão e concessão onerosa do uso de jazigos situados em cemitério particular. III – Inteligência do artigo 81, par. único, III, do CDC. Precedente específico da 4.ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça. IV – Aplicabilidade do Código de Defesa e Proteção do Consumidor à relação travada entre os titulares do direito de uso dos jazigos situados em cemitério particular e a administradora ou proprietária deste, que comercializa os jazigos e disponibiliza a prestação de outros serviços funerários. V – Inteligência dos artigos 2.º e 3.º do CDC. Precedentes proferidos em casos similares. VI – Distinção do caso apreciado no Recurso Especial 747.871/RS, em que a Egrégia 4.ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça afirmou a inaplicabilidade do CDC diante do ‘ato do Poder Público que permite o uso de cemitério municipal’. Doutrina. VII – Limitação, a partir da edição da Lei 9.298/96, que conferiu nova redação ao artigo 52, § 1.º, do CDC, em 2% da multa de mora prevista nos contratos em vigor e nos a serem celebrados entre a recorrente e os consumidores de seus serviços. VIII – Doutrina. Precedente da 3.ª Turma. IX – Restituição simples das quantias indevidamente cobradas, tendo a cobrança, nos termos do par. único do artigo 42 do CDC, derivado de ‘engano justificável’. X – Redistribuição do ônus relativo ao pagamento das custas processuais, prejudicada a apreciação da violação do artigo 21 do CPC. XI – Recurso

gundo a jurisprudência majoritária,⁸⁴ trata-se de relação jurídica regulada por lei especial (Lei de Locações), não se constituindo relação de consumo, mas sim relação puramente civil. As razões para este entendimento variam desde a inexistência pressuposta de uma desigualdade fática entre os contratantes, até a ausência do requisito de profissionalidade do locador-proprietário do bem imóvel locado. Resta em aberto, todavia, a discussão sobre a aplicação ou não do CDC quando intervenha na relação um profissional, como é o caso da imobiliária ou da administradora de imóveis, hipótese em que é possível considerar-se a aplicação do CDC como instrumento para proteção, seja para proteger o locatário, quanto mesmo, em certas situações, o próprio locador do bem em relação à administradora de imóveis ou a imobiliária.

A nosso ver, uma vez que o conceito de consumidor não abrange apenas quem adquire, mas também quem utiliza o bem (artigo 2.º), assim como o fato de que o bem locado em questão pode ser produto (bem imóvel), coloca em tese o contrato de locação imobiliária sob a égide do CDC. O argumento principal sustentado pela jurisprudência para não aplicação do CDC – a existência de uma lei especial de locações – não parece afastar por si só a aplicação das regras do CDC, quando se examina o contrato de locação residencial. Em regra, as relações de locação sendo intermediadas por um profissional – imobiliária ou administradora de imóveis – tem-se neste polo da relação contratual a expertise, o conhecimento e a direção da relação contratual que se exige para aplicação do CDC. Todavia, ainda que no direito comparado seja a locação imobiliária uma das principais preocupações do legislador e da jurisprudência, por conta da vulnerabilidade do locatário em face da imprescindibilidade da moradia,⁸⁵ não tem sido este o entendimento jurisprudencial dominante nos tribunais brasileiros, que decidem pela não aplicação do CDC a tais contratos.

Já com relação à abrangência do conceito de produto também para bens materiais e imateriais, a importância desta definição é ainda maior quando se observa o crescimento da importância econômica da informática e dos bens e serviços produzidos exclusivamente por este meio. No caso da Internet, e das relações estabelecidas exclusivamente por seu intermédio, não significa que os conceitos criados pela ciência jurídica, tradicionalmente afetos à realidade do mundo físico, não tenham de ser, muito deles, interpretados e adaptados ao fenômeno infor-

especial provido em parte” (STJ, REsp 1.090.044/SP, 3.ª T., j. 21.06.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 27.06.2011).

84. “*Locação. Despesas de condomínio. Multa. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade.* I – As relações locatícias possuem lei própria que as regule. Ademais, falta-lhes as características delineadoras da relação de consumo apontadas nos artigos 2.º e 3.º da Lei 8.078/90. II – Não é relação de consumo a que se estabelece entre condôminos para efeitos de pagamento de despesas em comum. III – O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável no que se refere à multa pelo atraso no pagamento de aluguéis e de quotas condominiais. IV – Ausente o prequestionamento da matéria objeto do recurso na parte referente ao percentual de juros, tendo em vista que não foi debatida no acórdão recorrido, não merece conhecimento o recurso especial interposto” (Súmulas 282 e 356 do STF). Recurso não conhecido (STJ, REsp 239.578/SP, 5.ª T., j. 08.02.2000, rel. Min. Felix Fischer); No mesmo sentido: “*Processual civil. Locação. Multa contratual. Redução de 10% para 2%. aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Impossibilidade. Recurso especial conhecido e desprovido.* (...) III – O Código de Defesa do Consumidor não se aplica às relações locatícias, descabendo na espécie, com apoio nesta norma, vindicar a redução da multa – contratualmente pactuada entre as partes – de 10% para 2%. IV – Recurso especial conhecido, mas desprovido” (STJ, REsp 302.603/SP, 5.ª T., j. 06.04.2001, rel. Min. Gilson Dipp).
85. No direito francês, observa STOFFEL-MUNCK. *Labus dans le contrat. Essai d'une théorie.* Paris: LGDJ, 2000. p. 314 et seq. CALAIS-AULOY/STEINMETZ. *Droit de la consommation*, p. 469 et seq.

mático. Uma das marcas distintivas das relações estabelecidas através da internet é a *ubiquidade*,⁸⁶ característica dos tempos atuais, e que, em última análise, revela a dificuldade de precisar a localização territorial de uma relação jurídica estabelecida através de meio eletrônico.⁸⁷ Por tal razão, a doutrina especializada aponta, como elemento distintivo das relações estabelecidas por meio eletrônico, a *desterritorialização*. Como observa Lorenzetti, “este ciberespacio es autónomo, en el sentido de que funciona según las reglas de un sistema autorreferente (...) es posorgánico, ya que no está formado por átomos ni sigue las reglas de funcionamiento y localización del mundo orgánico: se trata de bits. Tiene una naturaleza no territorial y comunicativa, un espacio movimiento, en el cual todo cambia respecto de todo, es decir, que el espacio virtual no es siquiera milable al espacio real, porque no está fijo; no es localizable mediante pruebas empíricas como, por ejemplo, el tacto”.⁸⁸

Contudo, tendo sido ultrapassada o que Thieffry qualificou de ilusão efêmera da rede mundial internet como um *espacio de não direito* (“le ilusión éphémère de la zone de non-droit”⁸⁹), o desafio hoje diz respeito: a) à definição de como legislar sobre o tema; b) ao estabelecimento de um nível adequado de efetividade às normas específicas produzidas para regular as relações através do meio eletrônico; e c) à interpretação das normas já existentes com vista a esta mesma finalidade.

Note-se que são diversas as iniciativas legislativas em matéria de Internet. Nesse sentido, nos últimos anos, muitos entendimentos apontam as relações jurídicas celebradas por intermédio da Internet entre aquelas que necessitam alto grau de uniformidade para serem efetivamente eficazes. Essa necessidade, muitas vezes, induz a um certo ceticismo quanto às vantagens da regulamentação estatal, face à conveniência de se adotarem outras iniciativas mais flexíveis, como as leis-modelo⁹⁰ e as diretrizes gerais.⁹¹ E para além dessas iniciativas, existe o recurso genérico

86. Segundo Leclerc, pela primeira vez na história existe uma espécie de contemporaneidade de todos os homens da terra, em um mundo síncrono, uma sociedade da ubiquidade. LECLERC, Gérard. *A sociedade de informação...*, p. 58.
87. JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio e a proteção da pessoa humana face à globalização. Trad. Claudia Lima Marques e Nádia de Araújo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Edição em homenagem à entrega do título de Doutor Honoris Causa/UFRGS ao jurista Erik Jayme. Porto Alegre: UFRGS, 2003, p. 85-97. No mesmo sentido: MARQUES, Claudia Lima. Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 23, p. 47-93. Porto Alegre: UFRGS, 2003.
88. LORENZETTI, Ricardo L. *Comercio electrónico*, p. 13-14. No mesmo sentido, já referia: NEGROPONTE, Nicholas. *Being digital*. New York: Alfred A. Knopf, 1995. p. 165; SARRA, Andrea Viviana. *Comercio electrónico y derecho. Aspectos jurídicos de los negocios en Internet*. Buenos Aires: Astrea, 2001. p. 81.
89. THIEFFRY, Patrick. *Commerce électronique. Droit international et européen*. Paris: Éditions Litec, 2002. p. 2.
90. A mais conhecida dessas iniciativas é a denominada Lei Modelo da UNCITRAL. Elaborada por técnicos da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), conforme expresso em seu artigo 1.º, pretende regular “qualquer tipo de informação na forma digital usada no contexto de atividades comerciais”. Seguindo a característica própria das denominadas Leis-Modelo, teve por finalidade oferecer uma espécie de norma que permita, quando de sua adoção pelo direito interno das nações, o estabelecimento de um direito uniforme pelos países, em relação à matéria de alto grau de internacionalização.
91. Nesse caso, destaca-se o *General Usage for International Digitally Ensured Commerce*, elaborado pela Câmara Internacional de Comércio, pelo qual se procurou estabelecer a adoção de definições gerais

à denominada *lex mercatoria*⁹² ou *lex informatica*, a propugnar ampla liberdade nas relações estabelecidas via Internet, tendo em vista a constatação da impossibilidade de sua regulação.⁹³

Ao prever expressamente a caracterização do produto também como bem imaterial, o legislador do CDC, de modo consciente ou não, antecipou-se à regulação do fenômeno da informática e da Internet, determinando as normas de proteção do consumidor como plenamente aplicáveis às relações estabelecidas e desenvolvidas por este meio.

5.4.2 Definição jurídica de serviço

Artigo 3.º, § 2.º do CDC, define como serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Em primeiro lugar, como já referimos anteriormente, a definição do serviço como “qualquer atividade prestada no mercado de consumo”, impõe que este seja oferecido no mercado, como decorrência da atividade econômica do fornecedor. Neste sentido, o fato de constituir-se um serviço, mas de não estar sendo oferecido no mercado, mas sim realizado como objeto de prestação estatal típica custeada por impostos (serviços públicos, cuja problemática de aplicação do CDC examinamos no item 5.4.3, a seguir), realização de políticas públicas, ou ainda à margem do mercado de consumo ou sem profissionalidade (caso das locações imobiliárias), faz com que esta definição adquira grande importância. Da mesma forma, se dá no sentido do reconhecimento como objeto da relação de consumo, o caso dos jogos e apostas submetidos à exploração comercial, que se consideram, pois, oferecidos no mercado de consumo.⁹⁴

Da mesma forma, indica a definição legal que o serviço objeto da relação de consumo é apenas aquele prestado mediante remuneração. Como já resta consagrado na doutrina brasileira, 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 do contrato de consumo presente).

e aspectos distintivos das contratações por meio eletrônico, em um esforço de aproximação entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais.

92. Conforme José Carlos Magalhães, o relevo contemporâneo do conceito de *lex mercatoria* diz respeito a regras costumeiras adotadas nos negócios internacionais em cada área do comércio, aprovadas e observadas com regularidade. MAGALHÃES, José Carlos. *Lex mercatoria*. Evolução e posição atual. RT, v. 709. São Paulo: RT, nov. 1994, p. 43. Segundo aponta Theiffry, a *lex mercatoria* abrange princípios e regras os quais, dado seu grau de generalidade e aceitação no comércio internacional, são aplicáveis a todos os tipos de comércio, inclusive ao comércio eletrônico. Compõe-se de certas regras básicas, amplamente difundidas, como o princípio do *pacta sunt servanda* e da boa-fé. Ao mesmo tempo, tem sua aplicação decorrente de três principais instrumentos, quais sejam: mecanismos de arbitragem internacional, aplicação pelos tribunais e designação convencional pelas partes. THIEFFRY, Patrick. *Commerce électronique...*, p. 153-155.

93. LORENZETTI. *Comercio electrónico*, p. 38.

94. Na exploração comercial do jogo, há evidente relação de consumo, na qual os cidadãos são atraídos às casas de bingo sem que o Poder Público possa lhes garantir um mínimo de regularidade nos sorteios, nas premiações e na destinação legal dos valores arrecadados (TRF-4.ª Reg., AgIn 2007.04.00.009201-6/RS, 4.ª T., j. 01.08.2007, rel. p/acórdão Des. Federal Marga Inge Barth Tessler, DJU 16.10.2007 – RT 868/416).

A exclusão expressa das relações trabalhistas do conceito de serviço previsto no CDC, obedece à lógica de regular uma nova relação jurídica emergente da realidade econômica contemporânea, substancialmente distinta da relação de trabalho. A dinâmica da relação fornecedor versus consumidor, neste sentido, distancia-se da relação já conhecida entre o empregador versus empregado.⁹⁵ No caso das relações trabalhistas, o imperativo da proteção do trabalhador decorre basicamente da sua desigualdade fática na propriedade dos meios de produção, e na ausência de poder de direção da relação de trabalho. No caso da relação de consumo, a desigualdade do consumidor não possui uma uniformidade, mas ao contrário, apresenta-se em diversos graus (de vulnerabilidade), que inclusive podem ser observados de modo distinto entre os diferentes consumidores e fornecedores.

Por outro lado, a exclusão das relações trabalhistas dos serviços objeto de relação de consumo pelo CDC justifica-se, do ponto de vista formal, pela existência de uma legislação especial, e de mesmo *status* constitucional para os trabalhadores (direitos fundamentais sociais, artigos 6.º e 7.º da Constituição da República), bem como de uma justiça especializada para conhecer e julgar os conflitos daí emergentes (a Justiça do Trabalho).

Fez questão o legislador, igualmente, de incluir sob o conceito de serviços objeto da relação de consumo, os “serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários”. A referência expressa tem razão de ser em face de uma discussão original no direito brasileiro, se poderiam os correntistas ou investidores que para tais fins realizassem contratos bancários, serem considerados consumidores. Isto porque, dentre os argumentos contrários à aplicação do CDC aos titulares de contas correntes em bancos, argumentava-se que nesta condição não se encontravam na qualidade de destinatário final, uma vez que realizavam em verdade um depósito, cujos recursos deixados sob a guarda do banco seriam todos devolvidos ao próprio correntista, ou a quem este determinasse. Com relação aos que contratavam com as instituições bancárias na qualidade de investidores (sob as diversas modalidades admitidas, desde caderneta de poupança a fundos de investimentos de risco), o argumento principal contrário à aplicação do CDC e, portanto, à qualificação destes contratos como relações de consumo, era o fato de que tais operações caracterizam-se em razão de sua finalidade típica (aumento patrimonial), a qual não se adequava à noção de destinatário final indicada à figura típica do consumidor.

Entretanto, a evolução da doutrina e da jurisprudência brasileira orientou-se em sentido contrário, ou seja, na consideração dos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários como relações de consumo, nos estritos termos do artigo 3.º, § 2.º, do CDC. Isto se deve, em primeiro lugar, às características da atividade bancária em nosso país. O Brasil possui hoje uma sociedade altamente dependente dos serviços bancários. É possível afirmar que o *homo economicus* em nossa sociedade, ou seja, qualquer um que deseje relacionar-se economicamente no mercado, afora relações econômicas mais simples, não pode prescindir de uma instituição bancária. Seja para o pagamento de contas, para perceber o salário, contrair empréstimos ou financiamentos, ou mesmo manter suas economias sob a guarda de uma instituição confiável, a dependência econômica do brasileiro às instituições bancárias acrescenta maior grau à vulnerabilidade reconhecida para este consumidor.

Por outro lado, conforme já salientado por diversos autores, mesmo nos contratos bancários que tenham em vista – sob a ótica do interesse do consumidor – o retorno de investimentos e o acréscimo patrimonial, esta condição de maior vulnerabilidade não desaparece. Tome-se o

95. COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico, p. 81-105.

exemplo das cadernetas de poupança. Espécie de investimento considerado “conservador”, dada sua pouca rentabilidade, converteu-se na principal modalidade de investimento no país, destino das economias de largas parcelas da população brasileira. Neste caso, o interesse do consumidor pondera a baixa rentabilidade do investimento, de um lado, em vista da certeza do retorno deste investimento.

Da mesma forma, frente ao argumento de que se trata de um serviço bancário prestado a título gratuito — uma vez que não há qualquer espécie de cobrança realizada do consumidor bancário — tal discussão resta superada. No caso, mais destacada era o enfrentamento da questão com respeito aos contratos cujo objeto revelasse a finalidade de investimento, em relação aos quais se argumentou, sem sucesso, pela não aplicação do CDC pela ausência do requisito da remuneração, previsto expressamente em seu artigo 3.º, § 2.º.⁹⁶ Demonstrou-se então que, em especial no que diz respeito ao contrato de caderneta de poupança, a remuneração está justamente na renúncia, pelo consumidor, do custo de oportunidade (se desse outra destinação ao recurso, mais vantajosa, mas menos segura). Já a vantagem da instituição bancária situa-se justamente na captação do dinheiro a uma remuneração inferior àquela que receberá pela sua utilização, seja contratando empréstimos com outros consumidores a juros de mercado, ou mesmo mediante aquisição de títulos públicos, cuja remuneração pela taxa básica de juros é superior à remuneração oferecida aos depósitos na poupança.

E da mesma forma ocorre em outras modalidades de investimento, nas quais, além da intermediação do recurso, e a disponibilidade dos valores investidos para realização de uma série de empréstimos a outros consumidores ou empresários tomadores de crédito, a remuneração dos bancos decorre também da cobrança de taxas de administração, cuja natureza reforça o argumento de que sejam consideradas como espécies de remuneração pelo serviço prestado.

Impõe-se por outro lado, definir o que sejam os serviços bancários ou, melhor, os contratos bancários que tem por objeto estes serviços. Segundo ensina Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “para a classificação do contrato bancário, são conhecidas as posições que levam em conta o elemento subjetivo (é bancário o contrato realizado por um banco, ou, mais precisamente, no caso do Brasil, pelas instituições financeiras) ou o objetivo (é bancário o contrato que realiza a finalidade específica do banco, de intermediar o crédito indireto)”.⁹⁷

E prossegue o mestre gaúcho: “Não basta, porém, que participe da relação um banco, pois, como sujeito, a empresa bancária pode firmar contratos alheios à sua atividade principal; nem por isso deixa de ser banco, nem o contrato pode ser incluído na espécie dos contratos bancários. Na verdade, é preciso reunir os dois aspectos assinalados pelas correntes antagônicas (objetivistas e subjetivistas) para concluir que o contrato bancário se distingue dos demais porque tem como sujeito um banco, em sentido amplo (banco comercial ou instituição financeira, assim como definido no artigo 7.º da Lei 4.595, i.e., caixa econômica, cooperativa de crédito, sociedade de crédito, banco de investimento, companhia financeira etc.), e como objeto a regulação da intermediação de crédito”.⁹⁸

Ou seja, a característica principal do contrato bancário parece ser identificada por seu objeto de intermediação de crédito, sem que se exclua com isso toda uma série de prestações de

96. Para o tema, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. p. 432-433.

97. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Série de Pesquisas do CEJ, v. 11. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. p. 8-9.

98. *Idem*, p. 9.

fazer, dar ou restituir que podem ser definidas como serviços bancários. Estes serão prestados, em regra, com caráter acessório a um objeto principal de intermediação de crédito (conta-corrente, caderneta de poupança, financiamento e outorga de crédito, empréstimos pessoais), tendo como objetivo a facilitação, agilização, ou eficiência no exercício dos direitos e deveres estabelecidos com relação ao objeto principal do contrato.

A conduta das partes na relação contratual entre a instituição bancária ou financeira e o consumidor abriga todas estas relações relativas a operações bancárias (intermediação de crédito) e serviços bancários indistintamente, e por isso tanto os direitos e deveres estabelecidos às partes por disposição legal (as normas de conduta do Código de Defesa do Consumidor, por exemplo), quanto as regras contratuais que estejam adequadas ao regime legal e constitucional, são aplicáveis a tais contratos.

Por fim, cumpre referir que a expressão do artigo 3.º, § 2.º, do CDC que faz referência a “serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários”, foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, interposta perante o Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras – CONSIF Alegava, em resumo, a petição desta Entidade, que a aplicação do CDC aos bancos não poderia prevalecer em face, basicamente, de três argumentos: 1) que o artigo 192 da Constituição da República determina que o Sistema Financeiro Nacional deveria ser regulamentado por intermédio de lei complementar, o que não era o caso do CDC, aprovado como lei ordinária; 2) que em matéria de juros dos contratos bancários, o próprio STF já havia considerado o limite constitucional de 12% (doze por cento) de juros reais anuais estabelecidos no artigo 192, § 3.º da Constituição como norma não autoaplicável (dependente de regulamentação infraconstitucional), razão pela qual o regime das cláusulas abusivas previsto no CDC não pode servir para controle do limite de juros nos contratos bancários; 3) a existência, no âmbito de competência regulamentar do Banco Central, de normas de defesa do “consumidor bancário”. No caso, as Resoluções 2.878/2001 e 2.892/2001, que criaram o “Manual do cliente e usuário de serviços financeiros e de consórcio”, conhecido como “Código de Defesa do Consumidor bancário”.

Por outro lado, os argumentos em contrário, que davam conta da constitucionalidade da disposição do artigo 3.º, § 2.º do CDC centravam-se basicamente nos seguintes aspectos:⁹⁹ 1) há uma distinção clara em nosso sistema jurídico entre *normas de conduta* e *normas de organização*. As primeiras dizem respeito à regulação das condutas devidas entre os sujeitos de determinadas relações jurídicas. Já no caso das normas de organização, estas estabelecem órgãos, competências e modos de atuação, no caso, dos Órgãos e Entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Neste sentido, ao referir a necessidade de lei complementar para regulamentação do Sistema Financeiro Nacional, o constituinte fez referência às normas de organização, não às normas de conduta. Caso contrário, chegar-se-ia ao absurdo de considerar que nas hipóteses de locação de imóveis ou mesmo de quaisquer contratos entre instituições bancárias e outras pessoas, não se aplicaria a Lei de Locações ou mesmo o Código Civil, por exemplo, uma vez que ambas foram aprovadas como leis ordinárias. 2) por outro lado, o regime de cláusulas abusivas, previsto no artigo 51 do CDC, não tem em vista a aplicação específica para juros, senão que, em especial o artigo 51, § 4.º, reconhecerá como tais as cláusulas que “estabeleçam obri-

99. Para os argumentos em favor da constitucionalidade da norma, vejam-se os pareceres de Claudia Lima Marques, Cristiane Derani e Alberto Amaral Júnior, estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; organizados na obra coletiva: MARQUES/ALMEIDA/PFEIFFER. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*. ADIn 2.591. São Paulo: RT, 2006. p. 36-170.

gações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Ou seja, o CDC considera abusiva qualquer cláusula que importe no desequilíbrio ou em excessiva desvantagem em prejuízo do consumidor, mas não se pauta necessariamente pelo limite constitucional de juros reais, cuja norma foi considerada não autoaplicável pelo STF.³⁾ Por fim, que a resolução administrativa do Banco Central que pretende regular os contratos entre consumidores e instituições bancárias constitui norma administrativa, infralegal, e que por isso, ainda que sob o argumento do exercício da competência regulamentar daquele Órgão, não pode substituir ou afastar a aplicação da lei, no caso o CDC. Da mesma forma, o conteúdo da referida resolução confrontado com as normas de proteção e garantias estabelecidas pelo CDC, indica que a norma do Banco Central é menos protetiva do que as disposições legais aplicáveis.¹⁰⁰

Enquanto o julgamento da ação, iniciado em abril de 2002, ainda não havia sido concluído, sobreveio a Emenda Constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003, que revogou, dentre outras disposições, o § 3.º do artigo 192 da Constituição, que previa o limite de juros reais em 12 % ao ano.

Os argumentos contrários à aplicação do CDC aos serviços bancários, financeiros de crédito e securitários, todavia, não lograram prosperar no STF. Em março de 2006, por maioria dos votos dos ministros da Corte, o STF julgou improcedente a ADIn, afirmando a constitucionalidade da disposição. Em resumo, assentou a decisão “não haver conflito entre o regramento do sistema financeiro e a disciplina do consumo e da defesa do consumidor, haja vista que, nos termos do disposto no artigo 192 da CF, a exigência de lei complementar refere-se apenas à regulamentação da estrutura do sistema financeiro, não abrangendo os encargos e obrigações impostos pelo CDC às instituições financeiras, relativos à exploração das atividades dos agentes econômicos que a integram – operações bancárias e serviços bancários –, que podem ser definidos por lei ordinária”.¹⁰¹

Esta decisão do STF, ao mesmo tempo em que ressalta o *status* constitucional da proteção do consumidor no direito brasileiro,¹⁰² reafirma a indicação dos serviços bancários, financeiros e de crédito como objeto da relação de consumo e, deste modo, sob incidência das normas do CDC e sua disciplina relativa aos contratos de consumo, responsabilidade civil, práticas comerciais abusivas e o regime de nulidade das cláusulas abusivas. Decide o STF, neste sentido, na mesma linha do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, inclusive com a edição, em 2004, da Súmula 297, afirmando que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.¹⁰³

100. Para a comparação entre as normas do CDC e as das Resoluções 2.878/2001 e 2.892/2001, do Banco Central, veja-se o excelente estudo de Walter Faia de Moura. O Código de Defesa do Consumidor e as Resoluções 2.878/2001 e 2.892/2001 do BACEN – Manual do cliente e usuário de serviços financeiros. In: MARQUES/ALMEIDA/PFEIFFER. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*, p. 343-362.

101. STF, ADIn-ED 2591/DF, j. 14.12.2006, rel. Eros Roberto Grau, DJU 13.04.2007. No mesmo sentido, reafirmando a eficácia vinculativa da decisão, veja-se: STF, Rcl 10.424, j. 21.09.2012, decisão monocrática, rel. Min. Gilmar Mendes, p. 26/09/2012; e AI 745853 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, 1.ª T., j. 20.03.2012, DJ 17.04.2012.

102. Sobre o tema, veja-se, dentre outros estudos, o nosso: MIRAGEM, Bruno. Cláusulas abusivas nos contratos bancários e a ordem pública constitucional de proteção do consumidor. In: MARQUES/ALMEIDA/PFEIFFER. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos...*, p. 308-342.

103. DJU 09.09.2004, p. 185.

5.4.3 O problema do serviço público como objeto da relação de consumo

Com referência ao objeto das relações de consumo, um dos principais debates ainda hoje estabelecidos no direito brasileiro é sobre a aplicação e os efeitos das normas de proteção do consumidor aos serviços públicos. O CDC expressamente indica sua aplicabilidade aos serviços públicos em diversos momentos. Primeiro, ao referir quando trata da definição legal de fornecedor, das “pessoas de direito público” (artigo 3.º, *caput*). A seguir, ao estabelecer como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, a *melhoria dos serviços públicos* (artigo 4.º, VII), ao mesmo tempo em que consagra como direito básico do consumidor sua *adequada e eficaz prestação* (artigo 6.º, X). E por fim, ao estabelecer expressamente no artigo 22, uma série de deveres aos fornecedores de serviços públicos: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, o fornecimento de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Todavia, em que pese a clareza das normas do CDC, algumas são as questões que devem ser enfrentadas com relação ao tema. Em primeiro lugar, a identificação de quais os serviços públicos que se encontram sob o regime das normas de proteção do consumidor. Igualmente, de que modo as normas de proteção do consumidor incidem sobre a prestação destes serviços, e como são compatibilizadas com as normas de direito administrativo incidentes sobre o tema.

Em caráter introdutório é preciso considerar que o próprio conceito de serviço público não possui um sentido unívoco no direito brasileiro. Dentre os principais juristas do direito administrativo brasileiro, destacam-se divergências sobre sua definição. Pará Hely Lopes Meirelles, serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.¹⁰⁴ Já na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello serviço público é “toda a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”.¹⁰⁵

O debate em questão tem suas raízes nas diversas influências sobre o direito administrativo brasileiro. Lembre-se, assim, a grande importância do direito francês, e da denominada *Escola do Serviço Público* liderada por Leon Duguit e outros célebres publicistas.¹⁰⁶ No direito francês, a qualificação de uma dada atividade como serviço público importa, desde logo, na remessa da questão em disputa à jurisdição administrativa. Isto explica em parte, o rigor da distinção da matéria naquele sistema jurídico.

Por outro lado, mais recentemente, a partir de meados da década de 1990, o processo de reforma do Estado por que passou o Brasil, com os programas de desestatização e a delegação da prestação dos serviços públicos a particulares, determinou uma nova relação entre os prestadores de serviços públicos e os usuários destes serviços, uma vez que, enquanto em alguns casos os serviços foram delegados em regime de monopólio (por exemplo, no caso do serviço

104. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 294.

105. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 612.

106. DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*, v. II. Paris: Librairie Fontemoing, 1923. p. 70.

de distribuição de energia elétrica), em outros o regime é de concorrência, inserindo-se tipicamente no mercado de consumo (assim, a telefonia). Em ambas as hipóteses citadas, contudo, a dependência ou subordinação do consumidor, aliada à importância ou essencialidade do serviço, caracterizam sua vulnerabilidade, e determinam a necessidade de proteção.

Todavia, não são todos os serviços públicos que se subordinam às normas de proteção do consumidor. A distinção dos serviços a que se aplica o regime do CDC e aqueles que se subordinam exclusivamente ao regime de direito administrativo é realizada, em nosso direito, por Adalberto Pasqualotto, em estudo de referência sobre o tema.¹⁰⁷ Observa então, Pasqualotto, que a aplicação do CDC não prescinde da distinção entre os serviços públicos *uti singuli* e *uti universi*.¹⁰⁸ Serviços públicos *uti singuli* são aqueles prestados e fruídos individualmente e, por isso, de uso mensurável, os quais são remunerados diretamente por quem deles se aproveita, em geral por intermédio de tarifa (e.g. serviços de energia elétrica, água). Já os serviços *uti universi*, prestados de modo difuso para toda a coletividade,¹⁰⁹ não são passíveis de mensuração, sendo custeados por intermédio de impostos pagos pelos contribuintes (relação de direito tributário).

A essas referências sobre a prestação de serviço público, entretanto, foi contraposto, em um primeiro momento, a própria distinção do conceito de serviço público nas fronteiras do direito administrativo. De raízes francesas, sua definição tradicionalmente observada pelo direito brasileiro é de *atividade cuja realização deve ser assegurada, disciplinada e controlada pelos governantes, uma vez que sua realização é indispensável à efetivação e ao desenvolvimento da interdependência social, e não se pode realizar sem a intervenção governamental*.¹¹⁰ No direito brasileiro, dentre as mais diversas definições existentes, é possível identificar a composição conceitual a partir de um traço comum, de que se constitui em espécie de ação administrativa em benefício de interesse comum de toda a sociedade.¹¹¹ No sentido que lhe propõe Ruy Cirne Lima, trata-se do *serviço existencial relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente pelo Estado ou outra pessoa administrativa*.¹¹²

Sob a égide da Constituição de 1988, Eros Roberto Grau, seguindo os passos da distinção apontada por Luiz de Anhaia Melo, em meados do século XX,¹¹³ distinguiu os serviços públicos do restante do que denomina de “atividade econômica *stricto sensu*”, indicando ambos como espécies abarcadas sob o conceito geral de “atividade econômica *lato sensu*”.¹¹⁴ Em relação ao serviço público incidirá, então, a série de condicionamentos inerentes ao regime de prestação

107. PASQUALOTTO, Adalberto. Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 1, p. 130-148. São Paulo: RT, 1993.

108. Para a distinção, veja-se MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 297.

109. Assim também os serviços cuja prestação se dê, ainda que com o pagamento de taxa, de modo a caracterizar o exercício de poder de polícia no interesse da coletividade, como é o caso, por exemplo, dos órgãos de trânsito, como o Detran. Neste sentido, aliás, é o entendimento do STJ: AgRg no AREsp 435.406/ES, 2.ª T., j. 06.02.2014, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 06.03.2014.

110. DUGUIT. *Traité de droit constitutionnel*, p. 70.

111. BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 612; VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo regulatório...*, p. 77-78; MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*, p. 215-217; GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica...*, p. 116 et seq.

112. CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987. p. 82.

113. ANHAIA MELO, Luiz de. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1940. p. 29 et seq.

114. GRAU. *A ordem econômica...*, p. 120.

e a finalidade própria que este encerra, de realização do interesse coletivo.¹¹⁵ Neste sentido, reconhece em relação à noção de serviço público, os traços distintivos de *coesão e interdependência social*, cujo significado será dado pela Constituição.¹¹⁶

Entretanto, nem toda a relação de serviço público admitir-se-á como suscetível à regulação do Código de Defesa do Consumidor, em especial, os deveres estabelecidos aos fornecedores de tais serviços em vista do seu artigo 22. Dentre as diferentes espécies de serviços públicos, o CDC aplicar-se-á àqueles em que haja a presença do consumidor como agente de uma relação de aquisição remunerada¹¹⁷ do respectivo serviço, individualmente e de modo mensurável (serviços *uti singuli*). Não se cogita assim, a aplicação do CDC à prestação de serviços públicos custeados pelo esforço geral, através da tributação, como é o caso dos que são oferecidos e percebidos coletivamente, sem possibilidade de mensuração ou determinação de graus de utilização do mesmo (serviços *uti universi*).¹¹⁸ Um bom exemplo de serviço público *uti universi*, em que não se aplica o CDC são os serviços de educação ensino público gratuito, ou os de saúde pública prestados pelo Estado¹¹⁹, subordinados ao regime jurídico administrativo e, subsidiariamente, às disposições do Código Civil. Por outro lado, exemplo de serviço público *uti singuli*, passível de fruição e remuneração individualizada são, dentre outros, os serviços postais.¹²⁰

De outro lado, a definição legal de consumidor no CDC, como destinatário final do produto ou serviço, *a priori*, indica àquele que encerra a cadeia econômica de fornecimento, a proteção legal dessa legislação. E, em que pese se pretenda sustentar a distinção entre *consumidor* e *usuário*, esta jamais poderá se dar com a finalidade de afastar a incidência do CDC de uma determinada relação de consumo. Consideramos no direito brasileiro, que todo o consumidor de serviços públicos será considerado usuário, mas nem todo usuário, pode ser considerado consumidor. Isto porque, tratando-se de serviços públicos *uti singuli*, como o fornecimento de energia elétrica, água e saneamento, ou telefonia, sendo aquele que usufrui do mesmo seu destinatário final, parece claro a incidência das normas de proteção do CDC. Outro é o entendimento quando a fruição de um serviço não se dá com relação a um destinatário final. Neste caso, parece-nos fora do âmbito de incidência das normas de proteção do consumidor, e subordinados exclusivamente ao regime jurídico de direito administrativo, o usuário que utilize do serviço prestado como insumo de sua atividade produtiva – não se caracterizando, assim, como destinatário final. Note-se, todavia, que o critério para delimitação do âmbito de incidência do CDC é determinado por suas próprias disposições, a partir da identificação no caso, da relação de consumo.

115. Assim, por exemplo, o dever de continuidade dos serviços, que, entretanto, no direito administrativo, sob a noção de *faute do service*, exigia a presença de culpa. PASQUALOTTO. Os serviços públicos..., p. 131.

116. GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 249-267.

117. Não se trata de relação de consumo, assim, a prestação de serviços por escolas ou universidades públicas gratuitas. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, 4. ed., p. 493.

118. Ensina Claudia Lima Marques que “os serviços públicos *uti universi*, isto é, aqueles prestados a todos os cidadãos, com recursos arrecadados em impostos, ficariam excluídos da obrigação de adequação e eficiência prevista no CDC”. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 486.

119. STJ, AgRg no REsp 1471694/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 25.11.2014, *DJe* 02.12.2014.

120. STJ, EREsp 1097266/PB, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2.ª Seção, j. 10.12.2014, *DJe* 24.02.2015.

Aliás, a utilização das expressões *usuário* e *consumidor* na legislação que regula os serviços públicos não parece ter obedecido a critério uniforme, a partir do qual a localização de um ou outro termo permitisse estabelecer uma distinção necessária entre eles.¹²¹ Ao contrário, são perceptíveis, em todas as leis relativas aos serviços públicos, a utilização da expressão independentemente de um maior apuro ou rigor técnico.¹²²

Para identificar o significado da definição jurídica de consumidor presente no artigo 2.º do CDC, acompanhamos o entendimento em favor de uma interpretação *finalista*, a qual vai considerar como tal, o *destinatário fático e econômico*, o *vulnerável*, conforme indicado igualmente no artigo 4.º, I, da mesma Lei.¹²³

E ainda que a legislação setorial dos serviços públicos regulados tenha feito uso reiterado do termo “*consumidor*”, em verdade, sob o abrigo dessa terminologia procurou-se incluir de maneira unitária tanto pequenos consumidores (vulneráveis), quanto o grande consumidor – em geral empresa – que na verdade é fornecedor, embora se utilize do serviço público prestado como *insumo* para sua produção. Adalberto Pasqualotto, tratando sobre o tema, reconhece no conceito presente no artigo 2.º do CDC, dois aspectos principais: o elemento subjetivo (a inclusão das pessoas jurídicas) e o elemento teleológico (*destinação final*). Defende em relação ao primeiro elemento uma interpretação restritiva, vinculando-se à teoria alemã, a qual considera que a relação típica de consumo implica uma situação de vulnerabilidade do consumidor. No mesmo sentido, menciona situações em que a utilização exclusiva do elemento teleológico acarretaria a criação de alguns embaraços, se não observados sob o princípio da proteção do vulnerável.¹²⁴

Igual o entendimento de Claudia Lima Marques, para quem é necessário interpretar a definição do artigo 2.º do CDC, conforme a finalidade da norma, que de sua vez vem a ser determinada pelo artigo 4.º, ao consagrar o *princípio da vulnerabilidade do consumidor* como fundamento para a própria *tutela especial* característica da norma de proteção.¹²⁵

O reflexo da utilização desta terminologia una dirá respeito, antes de tudo, ao desafio de contemplar os diferentes interesses no processo de regulação dos serviços. Os interesses de pequenos e grandes consumidores muitas vezes não são coincidentes – o que reduz sua influência no processo de decisão. Mais do que isso, pode ocorrer do interesse econômico das grandes empresas – incluídas como “consumidores” – seja contrário ao dos pequenos consumidores vulneráveis. Um exemplo ilustrativo é a hipótese do estabelecimento de um regime tarifário em que os consumidores com maior utilização do serviço paguem menos, o que é admitido expres-

121. Ainda que os que defendam a distinção argumentem da utilização do termo *usuário*, de modo expresso, no artigo 176 da Constituição. Nesse sentido, inclusive, tramita no Congresso Nacional, dois Projetos de lei sobre “a participação e a defesa dos usuários”, em atendimento a exigência do artigo 27 da Emenda Constitucional n. 19/98. Para o exame dos projetos, veja-se: AZEVEDO, Fernando Costa. *Defesa do consumidor e regulação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 144 et seq.

122. Assim, por exemplo, o artigo 21, § 2.º, da Lei 9.472/1997: “As sessões deliberativas do Conselho Diretor que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços de telecomunicações serão públicas, permitida a sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições.”

123. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 253-254.

124. PASQUALOTTO. *Os serviços públicos...*, p. 146.

125. As próprias exceções à definição do artigo 2.º, como no caso dos consumidores equiparados, exigem a caracterização do elemento subjetivo da vulnerabilidade. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 140 et seq.

samente pelo artigo 13 da Lei 8.987/95.¹²⁶ Do ponto de vista empresarial (grande consumidor) a vantagem seria evidente, o contrário ocorrendo com o consumidor vulnerável.¹²⁷

Assinalar a diferença entre grandes e pequenos consumidores, entretanto, não significa que se propugne com isto uma decomposição do conceito afirmado em lei. Em verdade, o próprio CDC já o faz quando estabelece o critério da *destinação final*. E, atendendo a esta lógica de interpretação, deve-se também observar o princípio da tutela do vulnerável nos casos em que as leis de regulação referam-se aos “usuários”. Os termos *usuário* e *consumidor* devem ser interpretados a luz do *princípio de proteção do vulnerável*, como sinônimos, não se admitindo qualquer distinção com o objetivo de afastar a incidência do CDC e das normas de proteção insertas na regulamentação administrativa. Na verdade, será possível inclusive a identificação de situações em que a presença do princípio de proteção do vulnerável determine um nível ainda maior de proteção por parte da atividade de regulação,¹²⁸ como é o caso dos denominados *consumidores de baixa renda*,¹²⁹ assim definidos em norma específica.¹³⁰

Por fim, é necessário observar que a Constituição da República, em seu artigo 175, parágrafo único, II, determina que a lei deverá dispor sobre os direitos dos usuários.¹³¹ Esta disposição constitucional situada no capítulo da ordem econômica, não deve ser interpretada de modo isolado, a pretexto de excluir-se a aplicação das normas de proteção do consumidor. Ao contrário, é imperiosa a interpretação sistemática da norma em face, também, do direito fundamental de defesa do consumidor (artigo 5.º, XXXII). Ao conferir ao legislador a determinação de legislar estabelecendo os direitos subjetivos do usuário, estabelece regra geral, pertinente a todos os usuários de serviços públicos. Todavia, quando se tratar de relação de consumo, ou seja, quando diz respeito a certos e determinados serviços públicos (serviços públicos *uti singui*), quem usufrui o serviço como destinatário final dos mesmos terá, ao lado da normas integrantes do regime jurídico administrativo de prestação do serviço, a proteção das normas estabelecidas no CDC, como resultado do próprio direito fundamental de defesa do consumidor.

Não parece subsistir, portanto, o argumento de que a previsão específica do artigo 175 da Constituição da República a que os direitos dos usuários dos serviços públicos deve se dar na forma de lei própria sobre o tema, excludente em relação ao restante da legislação. Ora, o artigo 5.º, XXXII, da Constituição da República também estabelece que incumbe ao Estado promover a defesa do consumidor na forma da lei. E a lei em questão, por força do artigo 48 da ADCT, é o

126. A Lei 8.987/95 admite esta possibilidade expressamente em seu artigo 13.

127. A respeito, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. A regulação dos serviços..., p. 24.

128. Assim, por exemplo, as Resoluções 116, de 19 de março de 2003, e 514, de 16 de setembro de 2002, que, entretanto preveem modos de compensação tarifária, representando exemplo típico da solidariedade entre os diferentes consumidores, que pode caracterizar a prestação dos serviços públicos regulados.

129. No caso, o regime específico de subvenção das tarifas dos consumidores de baixa renda, promove um acréscimo à exigência ao princípio da modicidade tarifária.

130. Decretos 4.336, de 15 de agosto de 2002 e 4.538, de 23 de dezembro de 2002.

131. Refira-se, neste sentido, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 24/DF, interposta em 2013 pelo Conselho Federal da OAB perante o STF, no qual postula, em vista da mora legislativa do Congresso Nacional, que sejam objetos de deliberação o projeto de lei relativo à Lei de Defesa dos Direitos dos Usuários, assim como, enquanto esta não venha a ser editada, a aplicação provisória do CDC aos serviços públicos em geral. Em relação ao pedido de deferimento liminar de extensão provisória da incidência do CDC a todos os serviços públicos, não houve deferimento pelo relator, Min. Dias Tofolli. Veja-se: ADO-MC 24, j. 01.07.2013, rel. Min. Dias Tofolli, *DJe* 31.07.2013.

Código de Defesa do Consumidor. Não há neste caso, portanto, a exclusão de uma das leis, senão sua compatibilidade, em vista mesmo do artigo 7.º do CDC que dispõe: “Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”. No mesmo sentido, aliás, dispõe o artigo 7.º da Lei de Concessões, ao enumerar os direitos dos usuários sem prejuízo da aplicação do CDC.¹³²

Como referiu o Min. Carlos Ayres Brito, em seu voto vencido na ADIn 1.007/PE, ao sustentar a competência legislativa concorrente da União e dos Estados, no caso, para legislar em matéria de proteção do consumidor, no que se refere às relações entre a regulação geral dos serviços públicos e a defesa do consumidor, verifica-se em verdade uma *intersecção protetiva da Constituição*, cumulando-se, neste sentido, a proteção conferida ao consumidor e ao usuário.¹³³

Na experiência jurisprudencial brasileira, a aplicação do CDC à prestação de serviços públicos tem suscitado diversas questões. A principal, diz respeito à possibilidade de interrupção do serviço prestado em face do inadimplemento do consumidor. A questão é ainda mais sensível quando se trata de serviço público essencial, aos quais o artigo 22 do CDC estabelece um dever de continuidade. Os dois entendimentos acerca do tema dizem respeito, de um lado, à incidência sobre a matéria, do Código de Defesa do Consumidor, pelo qual o dever de continuidade dos serviços essenciais, estabelecido pelo artigo 22, parágrafo único, é violado na medida em que se utiliza a concessionária do serviço, da interrupção do fornecimento como meio de cobrança da dívida, em face do inadimplemento pelo consumidor. E, de outro, a possibilidade de cessar o fornecimento do serviço por falta de pagamento, mediante prévio aviso, autorizada pelo artigo 6.º, § 3.º, da Lei 8.987/95,¹³⁴ e pelo artigo 17 da Lei 9.427/96, em relação

132. Assim: MEDAUAR, Odete. Usuário, cliente ou consumidor? In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 148-154.
133. Referiu o Min. Carlos Ayres Britto, *verbis*: “Entendo que o cidadão, o consumidor e o usuário de serviço público merecem proteção do Estado, cumulativamente. Uma coisa não exclui a outra. A ordem jurídica protege o cidadão, o consumidor e o usuário, cumulativamente. Para mim, o cidadão é apenas aquele que controla e acompanha, criticamente, o exercício do Poder para formular uma denúncia, uma queixa, uma representação, simplesmente isso. O consumidor, tenho como gênero de que o usuário é espécie, ou seja, não são figuras antagônicas o consumidor e o usuário. O consumidor muda de nome quando se torna usuário de serviço público, mas o regime de serviço público não veio para postergar, para afastar o regime – com licença da má palavra – consumerista; uma coisa não briga com a outra. (...) é uma área de *intersecção protetiva da Constituição*”. O julgamento final da ação, todavia, foi em sentido contrário pela procedência da ação, concluindo pela competência privativa da União para legislar em matéria de direito civil: “*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei 10.989/93 do Estado de Pernambuco. Educação: serviço público não privativo. Mensalidades escolares. Fixação da data de vencimento. Matéria de direito contratual. Vício de iniciativa*. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser desenvolvidos pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Nos termos do artigo 22, I, da Constituição do Brasil, compete à União legislar sobre direito civil. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente” (STF, ADIn 1.007/PE, j. 31.08.2005, rel. Min. Eros Grau, DJU 24.02.2006). Entendendo pela cumulação das normas protetivas decorrentes do regime do serviço público e de defesa do consumidor, veja-se o entendimento do Min. Luiz Fux: STF, ADI 3.343, Plenário, j. 01.09.2011, rel. p/ o acórdão Min. Luiz Fux, DJe 22.11.2011.
134. Assim o artigo 6.º, § 3.º da Lei 8.987/95: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I – motivada por razões de

aos prestadores de serviço público essencial de energia elétrica,¹³⁵ o que é complementado por regulamentação administrativa posterior das agências reguladoras.¹³⁶

Dentre os argumentos que sustentam a possibilidade da interrupção do serviço na hipótese de inadimplimento está a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão,¹³⁷ expressamente previsto pela legislação. Em relação à interrupção dos serviços de iluminação pública, ou mesmo do fornecimento de energia elétrica de órgãos e entidades públicas que prestem serviços essenciais, uma das possibilidades aventadas é a de responsabilização do agente público que dá causa à falta de pagamento, inclusive com a identificação na hipótese de crime de responsabilidade.¹³⁸

Nesse sentido, a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico financeiro da concessão, que segundo Caio Tácito, implica a existência de um “direito do concessionário de ser ressarcido total ou parcialmente, do efeito de causas ou concausas que venham a refletir, direta ou indiretamente, sobre a economia da concessão”,¹³⁹ deverá resultar, segundo o entendimento das concessionárias, na ausência de um direito subjetivo do devedor inadimplente de acesso aos serviços,¹⁴⁰ uma vez que contrariando interesse da coletividade de manutenção da estrutura necessária à prestação. E sequer estaria indicada, na hipótese, a possibilidade de identificação de meio excessivo para cobrança da dívida do consumidor, em desrespeito ao dever de proporcionalidade exigível na situação concreta de interrupção do serviço, uma vez que essa não se aplicaria na hipótese de inadimplimento do consumidor do serviço.¹⁴¹

De outro lado, considerando o dever de continuidade dos serviços essenciais, consagrado no CDC, os que defendem a aplicação da norma protetiva do consumidor vão fazê-lo a partir do raciocínio formado em três etapas: *primeira*, a de que serviços são considerados essenciais,

ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplimento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

135. Dispõe o artigo 17 da Lei 9.427/96: “A suspensão, por falta de pagamento, do fornecimento de energia elétrica a consumidor que preste serviço público ou essencial à população e cuja atividade sofra prejuízo será comunicada com antecedência de quinze dias ao Poder Público local ou ao Poder Executivo Estadual”.
136. Assim, por exemplo, o artigo 91, da Resolução 546, de 29 de novembro de 2000, da ANEEL, prevendo expressamente a possibilidade de suspensão do fornecimento na hipótese de inadimplimento, mediante prévio aviso do consumidor.
137. FERRAZ FILHO, Raul Luiz; PATELLO DE MORAES, Maria do Socorro. *Energia elétrica. Suspensão do fornecimento*. São Paulo: Editora LTr, 2002. p. 84-88.
138. Nesse sentido Ferraz Filho e Patello de Moraes, em relação aos Prefeitos Municipais, na hipótese de inadimplência do ente municipal, referem a possibilidade de invocar o artigo 1.º, III, do Dec.-lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, que estabelece como crime de responsabilidade do Chefe do Poder Executivo Municipal, “desviar ou aplicar, indevidamente, rendas ou verbas públicas”. Da mesma forma, sugerem a possibilidade de aplicação na hipótese, da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal. FERRAZ FILHO/PATELLO DE MORAES. *Energia elétrica*, p. 129-130.
139. TÁCITO, Caio. O equilíbrio econômico financeiro na concessão de serviço público. *Revista de direito administrativo*, n. 63, p. 14 et seq. Rio de Janeiro.
140. REsp 510.478/PB, rel. Min. Franciulli Neto, DJU 08.09.2003, p. 312.
141. Nesse sentido posiciona-se Eros Roberto Grau, em parecer sobre a questão, requerido pela Associação Brasileira das Distribuidoras de Energia Elétrica – ABRADEE –, em 2001, no qual afirma: “Não há lugar, portanto, aqui, para a aplicação do “princípio” da proporcionalidade, visto que a recusa a vender a quem não honre seus contratos não é meio destinado a compelir o pagamento de seus débitos pelo usuário do serviço, não consubstanciando restrição ao exercício de direito fundamental”. GRAU, Eros Roberto. *Parecer requerido pela ABRADEE*. São Paulo, maio 2001. mimeo, p. 22.

o que é feito, em geral, a partir de critério de aplicação de lei de matéria diversa,¹⁴² que por analogia busca-se aplicar ao caso; *segunda*, de que os serviços essenciais, devendo ser contínuos, limitam a possibilidade de o fornecedor promover sua interrupção por inadimplemento; e *terceira*, que o corte, nessas hipóteses, caracteriza meio abusivo para cobrança de dívidas, o que é expressamente vedado pelo CDC.¹⁴³

Sobre o *custo financeiro* decorrente do inadimplemento, que estaria a violar o interesse da coletividade a ser preservado na relação de prestação de serviço público, diz-se que sua ocorrência é da natureza das relações econômicas, sendo um risco a ser previsto no custo a ser considerado para formação do valor da tarifa. E a rigor, o que se coíbe apenas é a interrupção do serviço considerado essencial, nada obstando o exercício, pelo fornecedor-credor, do direito de acesso aos meios próprios para cobrança do valor da prestação devida (cobrança judicial, e.g.).

Assim, por exemplo, com relação ao serviço público de fornecimento de energia elétrica, é de considerar que seu regime especial será concebido em razão da sua essencialidade. E se essencial, intuitivo é que não lhe seja permitida a interrupção, sob pena de graves prejuízos a pessoa, quando consumidor residencial, vulnerável, que tem na energia fornecida para sua moradia, meio fundamental para sua sobrevivência.

Ensina Georges Vedel, tratando das situações econômicas inevitáveis pelo concessionário, que “cuando la gestión del servicio público está asegurada por un concesionario, este debe asegurar a toda costa la continuidad del servicio, aunque no sea remunerativo, y aunque sufra un déficit”.¹⁴⁴ Nesse sentido, o modo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, igualmente fundamental para a continuidade dos serviços, seria providência estabelecida *a posteriori*, considerando-se por exemplo, a aplicação da teoria da imprevisão.¹⁴⁵

Entre nós, a jurisprudência majoritária rejeitava a possibilidade de interrupção, em vista da essencialidade do serviço e o dever de continuidade estabelecido no CDC.¹⁴⁶ A partir de 2002, todavia, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de admitir a possibilidade de interrupção do serviço por inadimplemento, em homenagem a solidariedade que preside a prestação do serviço e, sobretudo a formação da tarifa – ou seja, o argumento de que a continuidade da prestação do serviço para consumidores inadimplentes seria custeado indiretamente pela majoração da tarifa paga pelos consumidores adimplentes.¹⁴⁷ A interrupção

142. No caso, o artigo 10, da Lei Federal 7.783, de 28 de junho de 1989 (Lei de Greve).

143. Assim o artigo 42, do CDC: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

144. VEDEL, *Derecho administrativo*, p. 692.

145. *Idem*, p. 719.

146. Nesse sentido as seguintes decisões do STJ: REsp 442.814/RS, rel. Min. José Delgado, DJU 11.11.2002, p. 161; REsp 209.652/ES, rel. Min. José Delgado, RSTJ 129/128; EARESP 279.502/SC, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 03.06.2002, p. 146; REsp 122.812/ES, rel. Min. Milton Luiz Pereira, LEXSTJ 143/104; REsp 223.778/RJ, j. 07.12.1999, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, RSTJ 134/145. Para a extensão da proibição do corte à municipalidade: AGRMC 3.982/AC, rel. Min. Luiz Fux, DJU 25.03.2002, p. 177.

147. Observando a possibilidade de suspensão do fornecimento: “*Administrativo. Serviço público. Concedido. Energia elétrica. Inadimplência*. 1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica. 2. Os serviços públicos im-

do serviço, contudo, admite-se apenas após prévia notificação.¹⁴⁸ Alguns ministros do STJ, contudo, ressaltam seu entendimento, atualmente minoritário, de impossibilidade de interrupção em face da essencialidade do serviço, sobretudo quando em relação ao consumidor vulnerável¹⁴⁹ (e não as outras categorias de “consumidores”,¹⁵⁰ enumerados na legislação dos serviços públicos¹⁵¹). Da mesma forma, não é de se admitir a interrupção do serviço quando a dívida relativa ao fornecimento de energia esteja sendo contestada judicialmente, em razão de alegado equívoco ou fraude na medição.¹⁵²

próprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (artigo 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público. 3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio. 4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, podem sofrer interrupção quando há inadimplência, como previsto no artigo 6.º, § 3.º, II, da Lei 8.987/95. Exige-se, entretanto, que a interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade das partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo direito (artigos 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta). 6. Recurso especial conhecido em parte, e, nessa parte, provido” (REsp 840.864/SP, j. 17.04.2007, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 30.04.2007 p. 305).

148. “Processual civil e administrativo. Energia elétrica. Suspensão do fornecimento. Artigos 458, II, e 535 do CPC. Energia elétrica. Corte. Inadimplência. Aviso prévio. Possibilidade. 1. Havendo a Corte regional examinado todas as questões fáticas e jurídicas relevantes para o deslinde da controvérsia de forma adequada e suficiente, restam superadas as prefaciais de nulidade. 2. Julgada a demanda dentro dos limites do pedido exordial, afasta-se a prefacial de nulidade ao lastro do artigo 460 do CPC. 3. “A interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento não configura descontinuidade da prestação do serviço público” (Corte Especial, AgRg na SLS 216/RN, DJU 10.04.2006). 4. Se a concessionária não comunicou previamente à usuária que suspenderia o fornecimento de energia elétrica ante a situação de inadimplência, como determina a lei, razão mostra-se ilegítimo o corte, por infringência ao disposto no artigo 6.º, § 3.º, II, da Lei 8.987/1995. 5. Recurso especial improvido” (REsp 914.404/RJ, j. 08.05.2007, rel. Min. Castro Filho, DJU 21.05.2007, p. 565).
149. “Processual civil e administrativo. Fornecimento de energia elétrica. Inviabilidade de suspensão do abastecimento na hipótese de débito de antigo proprietário. Portadora do vírus HIV. Necessidade de refrigeração dos medicamentos. Direito à saúde. 1. A jurisprudence do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos de antigo proprietário. 2. A interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, só é legítima se não afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário. Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor. Precedente do STJ. 3. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 1.245.812/RS, 2.ª T., j. 21.06.2011, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01.09.2011). No mesmo sentido: REsp 510.478/PB, j. 10.06.2003, rel. Min. Franciuli Netto, DJU 08.09.2003, p. 312.
150. REsp 475.220/GO, j. 24.06.2003, rel. Min. Paulo Medina, DJU 15.09.2003, p. 414.
151. Os incisos I e II do artigo 24, da Lei 10.848/2004, faculta às concessionárias, segundo disciplina a ser estabelecida pela ANEEL, condicionar a continuidade do fornecimento aos usuários inadimplentes de mais de uma fatura mensal em um período de doze meses a “I – ao oferecimento de depósito-caução, limitado ao valor inadimplido, não se aplicando o disposto neste inciso ao consumidor integrante da Classe Residencial; ou II – à comprovação de vínculo entre o titular da unidade consumidora e o imóvel onde ela se encontra, não se aplicando o disposto neste inciso ao consumidor integrante da Subclasse Residencial Baixa Renda”.
152. “Administrativo. Fornecimento de energia elétrica. Suposta fraude no medidor. Dívida contestada em juízo. Ilegalidade do corte. Constrangimento ao consumidor. Precedentes. 1. Discute-se, na presente

Da mesma forma, cumpre referir a hipótese em que a delegação de serviço público é realizada pelo Ente público a empresa pública ou sociedade de economia mista por ele controlada. Nestes casos, a responsabilidade objetiva e solidária do Ente público, seja em razão do artigo 37, § 6.º, da Constituição, ou do próprio sistema do CDC, terá seu fundamento na circunstância de que cabe ao delegante a implantação e manutenção do serviço, realizando por conveniência sua a delegação.¹⁵³

Por fim, cumpre mencionar a questão da aplicação ou não do CDC aos serviços notariais e de registro, prestados por tabeliães e registradores.¹⁵⁴ Tratam-se os serviços notariais de serviços delegados pelo Poder Público, conforme expressa disposição do artigo 236, da Constituição da República: “Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Ao mesmo tempo, o § 1.º do mesmo artigo refere que “lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários e oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização dos seus atos pelo Poder Judiciário”. A toda prova, tratam-se, portanto, de serviços públicos delegados, cujo ingresso, inclusive, submete-se a prévio concurso público (artigo 236, § 3.º, da Constituição). Dentre os argumentos que sustentam a aplicação da legislação protetiva do consumidor aos serviços notariais estão o de que tanto aquele que utiliza os serviços notariais e de registro pode ser considerado consumidor, a teor da definição do artigo 2.º do CDC, quanto os tabeliães e registradores, uma vez remunerados pela atividade que prestam ao particular, e mensuráveis singularmente (*uti singuli*), podem, deste modo, ser considerados fornecedores. Neste sentido, refere-se que as atividades são exer-

controvérsia, da possibilidade de corte no fornecimento de energia elétrica, em face de dívida decorrente de diferenças de consumo que geraram a fiscalização, e a constatação unilateral de irregularidades no aparelho de medição. 2. Há ilegalidade na interrupção no fornecimento de energia elétrica nos casos de dívidas contestadas em Juízo – decorrentes de suposta fraude no medidor do consumo de energia elétrica –, uma vez que o corte configura constrangimento ao consumidor que procura discutir no Judiciário débito que considera indevido. Precedentes. 3. Para solucionar tal controvérsia existem meios ordinários de cobrança, razão pela qual a interrupção do serviço implica infração ao disposto no artigo 42, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso especial provido” (REsp 708.176/RS, j. 21.08.2007, rel. Min. Humberto Martins, DJU 31.08.2007, p. 220).

153. “*Processual civil e administrativo. Responsabilidade civil do estado. Indenização. Danos morais. Legitimidade passiva ad causam do município. Redução do valor dos danos morais. Impossibilidade.* I – O Município do Rio de Janeiro tem legitimidade para integrar o polo passivo em ação indenizatória por danos morais em que o particular estacionou o seu veículo em estacionamento público, explorado por empresa pública com delegação da Edilidade, tendo, para tanto, pago tarifa e obtido recibo, mas quando retornou a ele, não o encontrou mais, por ter sido rebocado. II – Com base nos artigos 37, § 6.º, da CF/88 e 28, §§ 2.º e 5.º, do CDC, responde solidariamente a Edilidade em razão dos danos causados a terceiro, pois, em que pese ao estacionamento ser explorado por empresa pública, cabe ao Município a sua implantação, manutenção e operação. III – A modificação do valor arbitrado a título de danos morais nesta instância especial só é cabível quando o valor fixado é irrisório ou exacerbado, o que não se evidencia na hipótese dos autos, de acordo com as circunstâncias dos fatos. Precedentes: REsp 611.723/PI, rel. Min. Castro Filho, DJ 24.05.2004; AGA 565.258/PB, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 10.05.2004; REsp 438.696/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19.05.2003 e REsp 437.176/SP, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 10.03.2003. IV – Recurso especial improvido” (STJ, REsp 746.555/RJ, j. 18.10.2005, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 19.12.2005, p. 257).
154. A Lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, define, em seu artigo 3.º que: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”.

cidas em caráter privado, sendo que “as serventias extrajudiciais exercem atividade duradoura, contínua, habitual, profissional e remunerada, e, assim, sem dúvidas, enquadram-se no conceito de fornecedor do artigo 3.º do CDC”.¹⁵⁵ No que se refere à responsabilidade dos tabeliães e registradores, esta é regulada pelo artigo 22 da Lei 8.935/94, que infirma a responsabilidade objetiva, nos mesmos termos do artigo 37, § 6.º, da Constituição.¹⁵⁶

Por outro lado, o argumento contrário à aplicação do CDC diz respeito ao fato de que se tratam os serviços notariais e de registro espécies de serviços públicos impróprios, embora prestados em caráter privado, conforme preconiza o artigo 236, da Constituição, não se caracterizando, portanto, sua prestação no mercado de consumo. E ainda que se preveja seu exercício em caráter privado, a atividade pressupõe o exercício de uma função pública, que não se desnatura em razão de ser o serviço prestado pelo particular, por delegação. Daí porque, no caso em que teve oportunidade de examinar a matéria, decidiu o STJ, no REsp 625.144/SP, pela inaplicabilidade do CDC aos serviços notariais e registrais.¹⁵⁷

5.4.4 O critério da remuneração econômica

Outro elemento característico da relação de consumo é o da remuneração econômica. A princípio, considera-se relação de consumo aquelas em que a relação entre consumidor e fornecedor tenha sido celebrada no mercado de consumo como espécie de atividade econômica, o que exige a caracterização de uma *troca econômica*. Esta troca econômica se dá basicamente por intermédio de *contraprestação pecuniária* – o pagamento do preço do produto, por exemplo – que se estabelece como espécie de *vantagem econômica do fornecedor*.

155. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Os tabeliães, os oficiais registradores e o CDC. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 61. São Paulo: RT, jan.-mar. 2007. p. 142-189.

156. MORAES. Os tabeliães, os oficiais registradores..., p. 189.

157. No caso em questão, o entendimento que resultava na aplicação do CDC à atividade notarial e registral, sustentada pelos Ministros Fátima Nancy Andrichi e Castro Meira, foi afastado pelo voto dos Min. Humberto Gomes de Barros, Menezes Direito e Ari Pargendler, no sentido de inaplicabilidade das normas de proteção do consumidor na espécie, sendo, contudo, conhecido e provido o recurso especial em razão da regra de competência fixada no artigo 100, do Código de Processo Civil. Em seu voto vista, sustentou o Ministro Gomes de Barros: “*Consumidor. Serviços notariais e de registro. Serviço público típico. Inaplicabilidade do CDC. Artigo 100, parágrafo único. Aplicação às ações de reparação por delitos de natureza civil e criminal.* – Prestação de serviço público típico não constitui relação de consumo. – Aquele que utiliza serviços notariais ou de registro não é consumidor (artigo 2.º do CDC), mas contribuinte, que remunera o serviço mediante o pagamento de tributo (cf. ADIn 1.378. rel. Min. Celso de Mello). – Os Cartórios de Notas e de Registros não são fornecedores (artigo 3.º do CDC), pois sua atividade não é oferecida no mercado de consumo. – A prestação de serviço público típico, que é remunerado por tributo, não se submete ao regime do Código de Defesa do Consumidor, pois serviço público não é “atividade fornecida no mercado de consumo” (artigo 3.º, § 2.º, do CDC). – O Artigo 100, parágrafo único, do CPC, aplica-se à ação para reparação de danos causados por delitos de natureza tanto civil quanto criminal.” Ao final, restou assim indicada a ementa do julgado: “*Processual. Administrativo. Constitucional. Responsabilidade civil. Tabelionato de notas. Foro competente. Serviços notariais.* – A atividade notarial não é regida pelo CDC. (Vencidos a Min. Nancy Andrichi e o Min. Castro Filho). – O foro competente a ser aplicado em ação de reparação de danos, em que figure no polo passivo da demanda pessoa jurídica que presta serviço notarial é o do domicílio do autor. – Tal conclusão é possível seja pelo artigo 101, I, do CDC, ou pelo artigo 100, parágrafo único do CPC, bem como segundo a regra geral de competência prevista no CPC. Recurso especial conhecido é provido” (STJ, REsp 625.144/SP, j. 14.03.2006, rel. Min. Nancy Andrichi, DJU 29.05.2006, p. 232).

Este critério é utilizado, por exemplo, para afastar do conceito de relação de consumo, os serviços públicos *uti universi*, cujo custeio se dá indiretamente mediante atividade de tributação do Estado (tais como os serviços de saúde e educação públicos).

Por outro lado, o critério da remuneração econômica, a que o CDC faz referência no artigo 3.º, § 2.º, ao definir o conceito de serviço, não exige que se considere como tal, apenas a contraprestação pecuniária direta, representada pelo pagamento do preço do produto ou do valor do serviço pelo consumidor. A rigor, por remuneração econômica deve se entender, de modo genérico, a *vantagem econômica imediata ou futura, obtida pelo fornecedor em razão da relação estabelecida com o consumidor*.

5.4.4.1 Remuneração direta

Como referimos, a primeira espécie de remuneração como elemento característico da relação de consumo é o da *remuneração direta*. Refere-se à situação de pagamento de contraprestação pecuniária direta pelo consumidor ao fornecedor, representado pelo preço do produto ou o valor do serviço prestado. Ou seja, uma vantagem econômica direta e imediata do fornecedor. Constitui, em regra, elemento do contrato de consumo, e caracteriza sua natureza eminentemente econômica. E será em vista deste ganho econômico do fornecedor que as normas de proteção do consumidor vão imputar-lhe a responsabilidade pelos riscos da atividade. Ou seja, será em vista da existência da remuneração e, portanto, da vantagem econômica representada pela prestação paga pelo consumidor, que o fornecedor deverá arcar com todos os riscos inerentes ao desenvolvimento de sua atividade econômica, o denominado *risco-proveito*.

Note-se que, embora usual, a remuneração como elemento da relação de consumo não se subsume, necessariamente, na remuneração pecuniária, em dinheiro. Nada impede que pela noção de remuneração se identifiquem outras hipóteses de pagamento, como a *ção em pagamento*, ou ainda, embora de menor probabilidade, mas logicamente possíveis negócios jurídicos como o de permuta, tendo por objetivo o consumidor, ao celebrar tais ajustes, a obtenção de produto ou serviço oferecido no mercado de consumo. A noção de remuneração, neste sentir, está vinculada a de vantagem econômica direta do fornecedor, ao celebrar contrato de consumo com o consumidor.

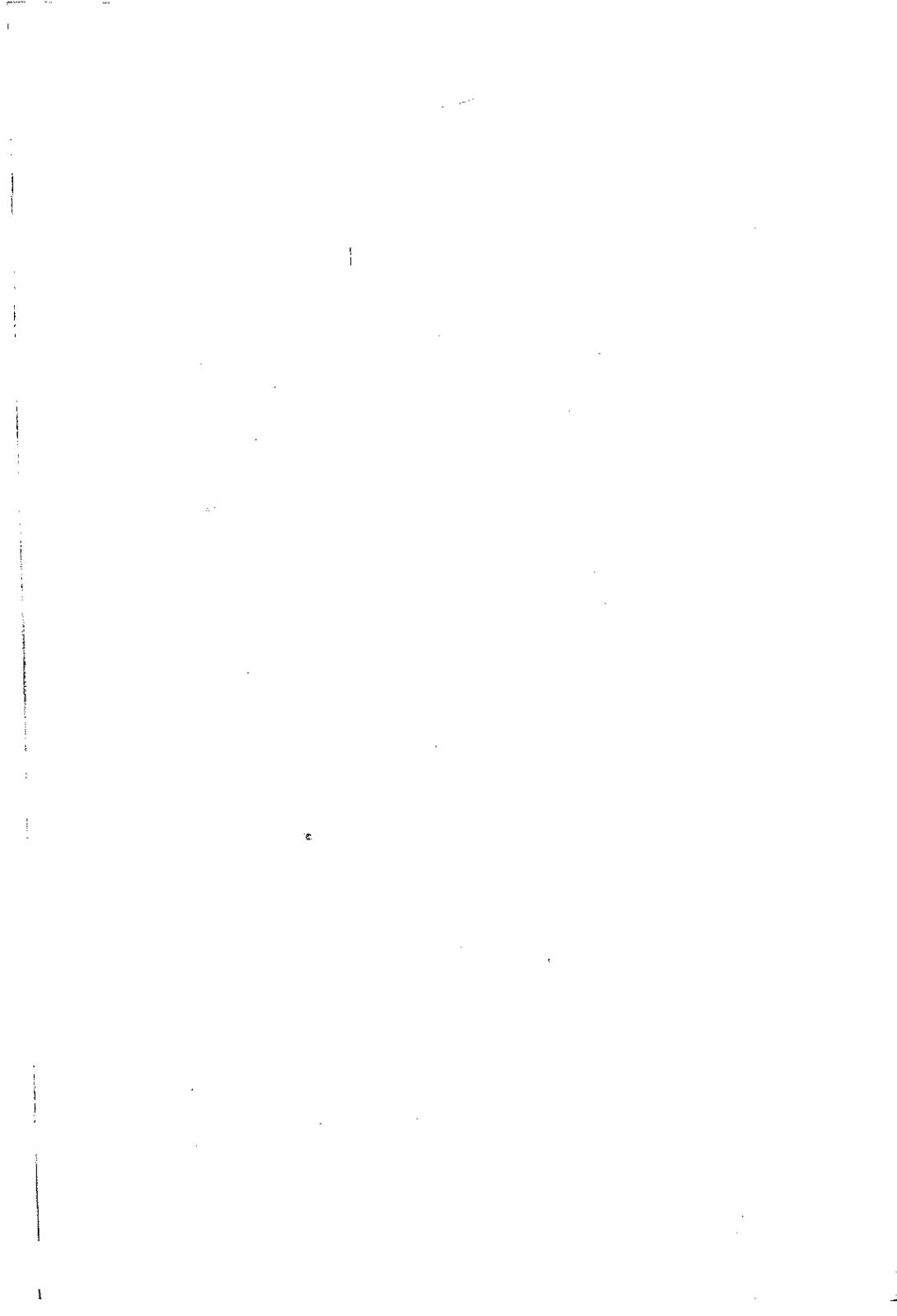
5.4.4.2 Remuneração indireta

O reconhecimento da remuneração indireta em uma relação de consumo parte do pressuposto de que toda a atuação do fornecedor no mercado de consumo tem por objetivo a obtenção de vantagem econômica. O que difere é o modo como esta vantagem será obtida e a que tempo. O aparecimento e desenvolvimento das técnicas de *marketing* fazem surgir, a cada momento, novas formas de conquista de consumidores, bem como sua fidelidade aos produtos ou serviços de uma determinada marca ou fornecedor. E dentre as estratégias mais conhecidas está a do oferecimento de brindes, amostras ou quaisquer outras vantagens pelos fornecedores, as quais, ainda que sejam oferecidas na relação imediata, sob a característica da gratuidade, são custeadas economicamente pelo fornecedor em vista de vantagem futura, de novos contratos – neste caso, onerosos – a serem celebrados pelos mesmos consumidores agraciados ou que sejam influenciados positivamente por estas ações de *marketing*. Em resumo, se oferece a gratuidade de contratos presentes em vista de contratos onerosos no futuro, onde estará a remuneração e o custeio da primeira relação. Da mesma forma ocorre nas situações em que se agrega a um determinado produto ou serviço cuja aquisição é devidamente remunerada, uma segunda

vantagem acessória, declaradamente gratuita, mas cujo custo resta naturalmente incorporado na transação principal já realizada ou em outro contrato a se realizar (assim, por exemplo, o oferecimento de brinde condicionado à aquisição de um produto ou serviço).

Deste modo, também nestas situações de gratuidade resta caracterizada a intervenção no mercado de consumo pelo fornecedor, e mais, a obtenção de vantagem econômica diferida no tempo, razão pela qual sua qualificação como relação de consumo é inquestionável para efeito da aplicação das normas do CDC.

De salientar, por fim, que esta conclusão se estabelece sem prejuízo do reconhecimento da relação de consumo nas outras hipóteses previstas pelo CDC, como é o caso do da extensão da responsabilidade do fornecedor a todas as vítimas de um acidente de consumo (artigo 17). Nesta hipótese não se há de discutir a qualquer título a existência ou não de remuneração – uma vez que a responsabilidade não se origina de avença contratual, seja a título oneroso ou gratuito – restringindo-se a questão ao fato do fornecedor empreender atividade econômica no mercado de consumo.



DIREITO MATERIAL DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor, considerado como disciplina jurídica autônoma, ou mesmo, ao longo de sua evolução, como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, por intermédio de normas protetivas que lhe asseguram uma série de vantagens e prerrogativas nas relações jurídicas estabelecidas com os agentes econômicos qualificados nestas relações como *fornecedores*, admite que tratemos acerca de um *direito material do consumidor*. Ou seja, a parte do direito do consumidor na qual se encontram as normas materiais de proteção, seja no âmbito dos contratos de consumo, como as normas relativas à responsabilidade do fornecedor por danos causados aos consumidores. Trata-se do reconhecimento efetivo da existência de um novo sujeito de direitos – o consumidor – merecedor de uma tutela protetiva que se estrutura de modo transversal, nas diversas disciplinas jurídicas, de ordem civil, processual, penal e administrativa.

O direito material do consumidor, neste sentir, compõe-se basicamente dos direitos subjetivos que lhe são conferidos pelo ordenamento jurídico,¹ em dois planos. Primeiro, daqueles reconhecidos às pessoas em geral (consumidoras ou não) e que se diferem com relação aos consumidores no que diz respeito aos efeitos produzidos, de acordo com as circunstâncias em que aparecem – em uma relação de consumo. É o caso do direito à vida, à saúde, à segurança, que são reconhecidos aos consumidores, assim como a todas as demais pessoas, em quaisquer circunstâncias. Por outro lado, há direitos específicos estabelecidos pelo ordenamento jurídico ao sujeito consumidor, em face desta sua qualidade, como é o caso do direito à proteção contra práticas comerciais e cláusulas abusivas, o direito de facilitação do acesso à justiça, dentre outros.

Ao mesmo tempo, considerando as duas relações jurídicas básicas em que se desenvolvem as relações de consumo e as relações entre consumidores e fornecedores, estabelece o CDC – a exemplo das legislações de direito do consumidor em todo o mundo – normas acerca dos contratos de consumo e da responsabilidade civil por danos decorrentes da atividade de fornecimento e consumo de produtos e serviços. Esta disciplina de contratos de consumo e responsabilidade civil de consumo constitui então, regime especial em relação ao regime geral destes mesmos institutos estabelecidos pelo direito civil.

Há um sensível temor de que o reconhecimento da especialidade do direito material do consumidor diminua sua importância. Não parece, todavia, ser esta a conclusão da experiência em direito brasileiro e comparado. Segundo demonstra a experiência europeia, o direito do

1. Conferir direitos subjetivos, aliás, seria a técnica essencial de proteção do sujeito consumidor. Conforme: BOURGOGNIE, Thierry. Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 3, 1982. p. 519-590.

consumidor constitui-se em um instrumento de abertura e oxigenação do direito privado geral, representado pelo direito civil nos mais variados países e, mesmo, no direito comum europeu.² No Brasil, não é diferente. Os direitos básicos do consumidor, o novo regime contratual imposto pela disciplina dos contratos de consumo e sua influência sobre toda a disciplina contratual de direito privado, assim como o regime da responsabilidade civil e os novos pressupostos e efeitos que estabelece em relação à responsabilidade civil geral do direito civil, destaca sua influência sobre o direito privado em geral.³ Sua inegável evolução, reconhecida amplamente pela doutrina e jurisprudência, aponta a importância do estudo dos elementos fundamentais que a conformam.

Como afirmamos, o direito material do consumidor fundamenta-se sobre três grandes bases: os direitos básicos do consumidor, a proteção contratual do consumidor (contratos de consumo) e a responsabilidade civil de consumo. Sobre estas três bases, desenvolvemos o estudo desta II Parte.

-
2. SOUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation*, p. 30. No mesmo sentido: WILHELSSON, Thomas. Existiria um direito europeu do consumidor – e deveria existir? *Revista de Direito do Consumidor*, v. 53, p. 181-198. São Paulo: RT, jan.-mar. 2005.
 3. Sobre esta influência, veja-se, entre outros: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 175 *et seq.*; TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-215.

OS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

1

SUMÁRIO: 1.1 Direito à vida – 1.2 Direito à saúde e à segurança – 1.3 Direito à informação – 1.4 Direito à proteção contra práticas e cláusulas abusivas – 1.5 Direito ao equilíbrio contratual – 1.6 Direito a manutenção do contrato – 1.7 Direito à prevenção de danos – 1.8 Direito à efetiva reparação de danos – 1.9 Direito de acesso à justiça – 1.10 Direito à facilitação da defesa dos seus direitos e inversão do ônus da prova – 1.11 Direito à prestação adequada e eficaz de serviços públicos.

A relação jurídica de consumo tem como eficácia o reconhecimento de direitos subjetivos e deveres jurídicos. Tratando o Código de Defesa do Consumidor do estabelecimento de normas protetivas, note-se que a sua orientação lógica é pela exclusividade do reconhecimento de direitos subjetivos aos consumidores e estabelecimento de deveres jurídicos aos fornecedores, assim como fixar procedimentos e consequências na hipótese de violação destes deveres. Dentre estes direitos subjetivos, todavia, têm relevo os denominados *direitos básicos do consumidor*, estabelecidos no artigo 6.º do CDC, como espécies de direitos indisponíveis pelos consumidores, uma vez que integram a ordem pública de proteção do consumidor.

Nesta parte, os direitos do consumidor não excluem outras disposições que assegurem os mesmos direitos ou outros correlatos em legislações especiais ou gerais. Por intermédio da técnica do *diálogo das fontes*,¹ acrescem ao nível de proteção do consumidor as normas que prevejam um maior nível de proteção destes direitos, ou de detalhamento destas possibilidades na legislação extravagante ao CDC. Um exemplo bastante ilustrativo desta integração tópica de diferentes sistemas normativos (ou sistema e microssistema) é no que diz respeito à proteção especial que o Código Civil vigente reconhece aos direitos da personalidade, em seus artigos 11 a 21. Neste sentido, o legislador do Código Civil, ao dispor sobre os direitos da personalidade, estabeleceu-os segundo características gerais relativas a todos, assim como os classificou em espécies. Neste sentido, o artigo 11 do CC: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Observe-se no caso, que a cláusula de um lado fixa quais os atributos es-

1. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 30 et seq. Igualmente, o nosso: MIRAGEM, Bruno. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 67-et seq.

pecíficos destes direitos (intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade), ao tempo em que faculta a possibilidade através de exceção – que deverá, a nosso ver, ser expressa – estabelecida em legislação especial.

Da mesma forma, o artigo 12 do CC determinará os modos de proteção dos direitos de personalidade. Neste sentido, prevê dois modos típicos de proteção, de natureza repressiva, *a posteriori* – ou seja, quando o dano já tenha sido causado, ou *a priori*, de natureza preventiva, impedindo que ocorra, ou que venha a permanecer ou se repetir.

Tais disposições, ao lado dos direitos subjetivos já reconhecidos à honra, ao nome, à imagem, à vida privada, à integridade física assim como outros direitos da personalidade previstos na lei, ou mesmo outros aspectos da personalidade protegidos em face de ampla tutela constitucional,² integram o rol de direitos a serem reconhecidos aos consumidores em uma relação de consumo.³

2. TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 44-45.
3. Temos uma visão crítica sobre a previsão normativa dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002. Sobre o tema, afirmamos em estudo anterior: “Os artigos 13 a 21, de sua vez, vão determinar os direitos de personalidade em espécie. Não significa com isso afirmar, todavia, que só devem ser reconhecidos como tais, os direitos de personalidade reconhecidos na norma. Dada sua oponibilidade *erga omnes*, contudo, indica-se que devam ser instituídos pela norma, em que pese o fato de, na interpretação desta, ser possível alcançar uma compreensão extensiva destes direitos. Como exemplo se pode citar o direito à integridade psíquica, que embora não afirmado expressamente no Código Civil, ou mesmo na Constituição da República, é o corolário de toda a proteção indicada aos direitos subjetivos de personalidade que referem à subjetividade da pessoa. Em grande medida, ao proteger-se, através de normas distintas, a honra, imagem, privacidade, intimidade, recato e sigilo, se está a proteger a integridade psíquica do indivíduo. E isto não quer dizer que sua proteção se vincule exclusivamente à proteção de um dos direitos subjetivos expressamente previstos na norma, podendo-se identificar exemplos em que uma conduta antijurídica possa causar ofensa a mesma. O Código Civil vai estabelecer a proteção aos seguintes direitos da personalidade: o direito à vida (artigo 15); o direito à integridade do corpo (inclusive contra ato de disposição do próprio titular do direito, e mesmo da pessoa morta – artigos 13 e 14); o direito ao nome (artigos 16 e 18), o que incluirá a proteção do pseudônimo – artigo 19); o direito à honra e à imagem (artigos 17 e 20); e o direito à vida privada (artigo 21). A técnica legislativa adotada pelo Código Civil, contudo, não permite inferir que tais direitos sejam contemplados de modo genérico. Cada um dos direitos subjetivos da personalidade terá sua proteção conferida em situações expressamente determinadas na lei. Assim, por exemplo, ao consagrar a proteção do nome da pessoa (artigo 17), indica que o mesmo “não pode ser empregado em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público (...)”. Em outra hipótese, no artigo 18, o Código veda o uso não autorizado do “nome alheio em propaganda comercial”. É certo que os direitos da personalidade não são reconhecidos na proteção da pessoa, apenas nas hipóteses de sua exposição em publicações ou representações, mas em qualquer hipótese em que esta seja exposta ao desprezo público. Ao mesmo tempo, a propaganda comercial não é a única hipótese em que o uso do nome não poderá ser feito sem autorização. E nem tampouco a tutela jurídica vai se restringir ao nome. Ou é possível afirmar que a utilização da imagem – pela ausência de previsão pelo Código Civil – não vai exigir a autorização ou anuência da pessoa? Obviamente que não. Apesar do alcance restrito das normas do Código Civil que vão consagrar os direitos da personalidade “em espécie”, é fora de dúvida que a sua existência, necessariamente deve ser observada como um sinal de evolução do direito privado. As normas civis, assim, não poderão ser examinadas como se contivessem uma restrição à amplitude da proteção da pessoa, consagrada pelos direitos da personalidade na atividade já consolidada da doutrina, jurisprudência e na própria Constituição. Qualquer interpretação que identifique a proteção indicada pelo direito civil mais restrita do que determina a Constituição, não tem como prosperar porque inconstitucional. A proteção da pessoa, para a qual um dos diversos institutos jurídicos são os direitos da perso-

Daí é que o reconhecimento dos direitos básicos do consumidor, assim também dos direitos da personalidade dos consumidores em uma relação de consumo, orienta-se no sentido de proteção, via legislativa, da integridade da pessoa humana, nas diferentes posições jurídicas que assume na vida de relações.⁴ No caso dos direitos básicos do consumidor, trata-se de preservar a pessoa humana consumidora em suas relações jurídicas e econômicas concretas, protegendo seu aspecto existencial e seus interesses legítimos no mercado de consumo.

1.1 DIREITO À VIDA

O direito à vida constitui, dentre os direitos básicos do consumidor, aquele que assume o caráter mais essencial. Consagra-o o artigo 6.º, I, do CDC, quando relaciona como primeiro direito básico do consumidor o *direito à proteção da vida*. O reconhecimento deste direito subjetivo admite múltiplas eficácias. Por um lado, determina a proteção da vida do consumidor individualmente considerado em uma relação de consumo específica, o que indica a necessidade de proteção de sua integridade física e moral e, neste sentido, o vínculo de dependência da efetividade deste direito com os demais de proteção da saúde e da segurança, igualmente previstos no CDC.

Uma segunda dimensão, que podemos indicar como *dimensão transindividual do direito à vida*, é sua proteção de modo comum e geral a toda a coletividade de consumidores efetivos e potenciais, com relação aos riscos e demais vicissitudes do mercado de consumo, o que no caso, determina a vinculação deste direito subjetivo e outros como o direito à segurança, e ao meio ambiente sadio.

O direito à vida, contudo, antes de ser um direito básico do consumidor, configura-se como direito essencial da personalidade, e direito fundamental consagrado na Constituição da República (artigo 5.º, *caput*). Portanto, é nesta dimensão que deve ser compreendido, razão pela qual será um direito cuja proteção e garantia terá preferência com relação aos demais direitos em hipótese de colisão. Trata-se, da mesma forma, de um direito indisponível, não podendo sofrer qualquer espécie de limitação voluntária, de natureza contratual, ou por intermédio de renúncia à proteção oferecida pelo ordenamento jurídico.

Seja em sua dimensão individual ou coletiva, a legislação de proteção do consumidor possui instrumentos de tutela, visando assegurar a efetividade do direito à vida. Sua eficácia é ressaltada com relação às relações de consumo que tenham por objeto a prestação de serviço ou fornecimento de produtos relacionados à saúde dos consumidores. Nestes casos, considerando que a finalidade básica do contrato é a preservação ou melhoria da vida do consumidor, o seu direito básico de proteção à vida coloca-se em relevo, seja na determinação das expectativas legítimas a serem satisfeitas com aquele contrato, seja na forma de uma proteção geral quanto aos riscos da contratação. Será o caso da comercialização de medicamentos, ou a prestação de serviços de saúde privada (planos e seguros de saúde), onde a prestação típica do contrato vincula-se à expectativa do consumidor na conservação e melhoria de sua condição de vida.

nalidade, vincula-se de modo essencial ao modelo esculpido na Constituição. Como ensina Pietro Perlingieri, a proteção da pessoa e da personalidade diz com normas de todas as disciplinas jurídicas, as quais, em grande medida, serão aplicações e especificações dos princípios constitucionais, em especial aquele que elege a pessoa como valor maior do ordenamento jurídico". MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor e os direitos da personalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 49.

4. PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana...*, p. 15.

Em matéria de proteção difusa de um direito transindividual do consumidor à proteção da vida, sua eficácia será percebida tanto no que diz respeito à prevenção de riscos e danos causados a consumidores pelos produtos e serviços introduzidos no mercado de consumo, quanto tudo o que diga respeito a tais atividades, como os procedimentos anteriores e posteriores ao oferecimento do produto ou serviço no mercado e sua eliminação no meio ambiente – do que deriva a proteção e promoção do consumo sustentável, por exemplo.

1.2 DIREITO À SAÚDE E À SEGURANÇA

O direito básico à proteção da saúde e à segurança do consumidor está intimamente vinculado, como é intuitivo, com a proteção do direito à vida. Constam inclusive, na mesma disposição normativa, do artigo 6.º, I, do CDC. Por direito à saúde podemos considerar o direito a que se seja assegurado ao consumidor no oferecimento de produtos e serviços, assim como no consumo e utilização dos mesmos, todas as condições adequadas à preservação de sua integridade física e psíquica. Já no que diz respeito ao direito à segurança, consiste basicamente em direito que assegura proteção contra riscos decorrentes do mercado de consumo. Por direito básico à segurança do consumidor, podemos entender como o que assegura a proteção do consumidor contra riscos decorrentes do oferecimento do produto ou do serviço, desde o momento de sua introdução no mercado de consumo, abrangendo o efetivo consumo, até a fase de descarte de sobras, embalagens e demais resíduos do mesmo. A proteção legal abrange, no caso, tanto riscos pessoais quanto riscos patrimoniais, considerando-se o direito à segurança como espécie de direito geral de não sofrer danos, ao qual corresponde o dever geral de proteção à vida, à pessoa e ao patrimônio do consumidor.⁵ Neste sentido, a evolução do próprio direito das obrigações vem dando causa a que o dever de segurança das partes não se considere a partir do contrato, ou da clássica distinção entre obrigação de meios e de resultado, mas sim, em vista de sua finalidade de evitar danos ao outro contratante.⁶

O CDC, ao ocupar-se da proteção do consumidor, vai prever de modo expresso a preservação de seu direito à saúde e à segurança em diversas disposições. A segurança dos produtos ou serviços ofertados pelos fornecedores no mercado de consumo é estabelecido no Código em diversos momentos. A garantia de segurança será ao mesmo tempo um princípio da atuação do Estado (artigo 4.º, II, d)⁷ e direito básico do consumidor (artigo 6.º, I). E constituirá dever do fornecedor relativamente aos produtos e serviços oferecidos no mercado (artigos 8.º a 10), na proibição da publicidade abusiva (artigo 37, § 2.º). Ao mesmo tempo, vai fundamentar a imposição de sanções administrativas (artigo 58)⁸ e penais (artigos 63 a 66, e 68).

No âmbito da responsabilidade do fornecedor, a violação do dever de segurança acarreta hipótese do dever de indenizar por fato do produto ou do serviço (artigos 12 a 14). A proteção da segurança visa à preservação da sua integridade física,⁹ em que pese os danos indenizáveis

5. RINESSI, Antonio Juan. *El deber de seguridad*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007. p. 13 et seq.
6. BLOCH, Cyril. *L'obligation contractuelle de sécurité*. Aix in Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002. p. 128 et seq.
7. Para maiores considerações sobre a atuação do Estado na defesa do consumidor, o nosso: MIRAGEM, Bruno. Defesa administrativa do consumidor no Brasil. Alguns aspectos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 46, abr.-jun. 2003. p. 120-163.
8. MIRAGEM. Defesa administrativa do consumidor, p. 156 et seq.
9. Assim a decisão do STJ: "Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. – Responsabilidade do hotel, que não

não se restrinjam à ofensa física, podendo decorrer do agravo físico ofensa à própria integridade moral,¹⁰ ou mesmo o reconhecimento exclusivo, de modo autônomo, de danos à integridade moral do consumidor.¹¹

Alguma dificuldade, entretanto, vai ser enfrentada pela jurisprudência para definir a extensão do dever de segurança do fornecedor, havendo o entendimento de que o mesmo será determinado de acordo com as circunstâncias de fato, relacionadas à atividade de fornecimento de bens e serviços.¹²

sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Artigo 14 do CDC. – A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Artigo 12, § 2.º, III, do CDC. – A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte” (STJ, 4.ª T., REsp 287.849/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, RT 797/226). No mesmo sentido: “Código de Defesa do Consumidor. Lata de tomate Arisco. Dano na abertura da lata. Responsabilidade civil da fabricante. O fabricante de massa de tomate que coloca no mercado produto acondicionado em latas cuja abertura requer certos cuidados, sob pena de risco à saúde do consumidor, e sem prestar a devida informação, deve indenizar os danos materiais e morais daí resultantes. Rejeitada a denúncia da lide à fabricante da lata por falta de prova. Recurso não conhecido” (STJ, 4.ª T., REsp 237.964/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, RT 779/208). Ainda, a notável decisão do Des. Sérgio Cavaliéri, no Rio de Janeiro: “Responsabilidade civil. Acidente de consumo. Fato do serviço. Responsabilidade objetiva. Responde o comerciante, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, entendendo-se como tal, em face da abrangência do conceito legal, toda a atividade por ele realizada no propósito de tornar o seu negócio viável e atraente, aí incluídos o estacionamento as instalações confortáveis e outras facilidades colocadas à disposição da sua clientela. Assim, provado que a vítima escorregou e caiu quando fazia compra em seu estabelecimento comercial, impõe-se o dever de indenizar os danos decorrentes da queda independentemente de culpa. No caso, nem seria preciso chegar a tanto porque a violação do dever de cuidado da suplicada, por negligência evidente, resultou configurada na medida em que os seus prepostos omitiram-se em manter o seu estabelecimento em condições de limpeza, higiene e segurança, de modo a garantir a mais absoluta integridade física a todos os seus milhares de clientes, enquanto estão sob sua proteção. Reforma da sentença” (TJRJ, ApCiv 1995.001.06923, 2.ª Câm. Civ., j. 21.11.1995, rel. Des. Sérgio Cavaliéri).

10. “Responsabilidade civil. Ação de indenização. Danos morais. Empresa de telefonia. Falha na entrega da conta no endereço contratado. Serviço deficiente. Protesto. Inscrição nos cadastros de inadimplentes. Responsabilidade concorrente da concessionária. Artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido parcialmente. Aplicação do direito à espécie. Fixação da indenização. Circunstâncias da causa. I – De um lado, a prestadora do serviço de telefonia tem o dever de zelar, até porque maior interessada na relação, pela entrega da fatura no endereço indicado pelo cliente. Sem ela, não pode o consumidor conferir a prestação do serviço para fins de efetuar o pagamento. De outro, o assinante deve enirar em contato com a prestadora de serviços, informando-a do não recebimento da fatura na data aprazada. II – De qualquer forma, o protesto, e a consequente inclusão da assinante nos cadastros de inadimplentes, se originou da negligência da prestadora no envio correto da fatura, inclusive em não diligenciar na localização da devedora, cujo endereço poderia ser obtido até mesmo por telefone, atraindo a incidência do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. III – Considerando as circunstâncias da causa, notadamente o fato de que a autora também concorreu, em parte, para o ocorrido, e que não se deve deferir a indenização por dano moral por qualquer contrariedade, restou fixada a indenização em valor moderado” (STJ, REsp 327.420/DF, 4.ª T., j. 23.10.2001, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.2002).
11. Neste sentido veja-se o excelente estudo de BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 113 et seq.
12. “Ação de indenização. Caixa 24 Horas. Ilegitimidade de parte. 1. O banco é parte legítima para responder pelo pedido de indenização decorrente de ato ilícito praticado em uma de suas dependências.

A proteção da integridade física do consumidor, de outra parte, vai se consubstanciar igualmente, pelo reconhecimento expresso da proteção da vida, consagrado como direito básico do consumidor (artigo 6.º, I),¹³ bem como no rol de bens jurídicos tutelados pelas regras conformadoras da responsabilidade pelo vício do produto, quando da definição dos produtos impróprios para o consumo, refere aqueles “nocivos à vida e à saúde” (artigo 18, § 6.º, II).

1.3 DIREITO À INFORMAÇÃO

Dentre os direitos positivados pelo CDC, é o direito à informação um dos que maior repercussão prática vai alcançar no cotidiano das relações de consumo. Note-se, antes de outras considerações, que o direito a informações apresenta sua eficácia correspectiva na imposição aos fornecedores em geral de um dever de informar. Em nosso direito, o desenvolvimento do dever de informar, por marcada influência do direito europeu, decorre do princípio da boa-fé objetiva.¹⁴

Dentre outros pressupostos, o tratamento favorável do consumidor nas relações de consumo apoia-se no reconhecimento de um déficit informacional entre consumidor e fornecedor,¹⁵ porquanto este detém o conhecimento acerca de dados e demais dados sobre o processo de produção e fornecimento dos produtos e serviços no mercado de consumo.¹⁶ O direito básico à informação do consumidor, estabelecido no artigo 6.º, III, do CDC, é acompanhado de uma série de deveres específicos de informação ao consumidor, imputados ao fornecedor nas diversas fases da relação de consumo, como é o caso dos artigos 8.º e 10 (informação sobre riscos e periculosidade), 12 e 14 (defeitos de informação), 18 e 20 (vícios de informação), 30, 31, 33, 34 e 35 (eficácia vinculativa da informação, sua equiparação à oferta e proposta, e as consequências da violação do dever de informar), 36 (o dever de informar na publicidade), 46 (a ineficácia em relação ao consumidor, das disposições contratuais não informadas), 51 (abrangência pelo conceito de cláusula abusiva, daquelas que não foram suficientemente informadas ao consumidor), 52 e 54 (deveres específicos de informação nos contratos), todos do CDC. Refira-se, ainda, que a Lei 12.741/2012 incluiu no inciso III do art. 6.º do CDC, dentre as informações que devem ser oferecidas ao consumidor, ao lado da especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e riscos, também as relativas aos tributos incidentes sobre o preço.

Se é procedente, ou não, o pedido, vai depender de exame das circunstâncias concretas dos autos. A questão do alcance da responsabilidade do banco pela segurança de seus clientes na unidade denominada Caixa 24 Horas não se resolve, portanto, na preliminar de ilegitimidade passiva, mas, sim, no mérito. 2. Não viola o artigo 535 do CPC o Acórdão que decide a questão por inteiro, sendo desnecessário que o Tribunal desafie todos os dispositivos legais e constitucionais desejados pelo recorrente. 3. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 286.176/SP, 3.ª T., j. 18.10.2001, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 06.05.2002, p. 286).

13. Assim o artigo 6.º, I do CDC: “São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos (...)”.
14. COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, p. 28-44; MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 180-206; MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado...*, p. 381 et seq.; ALMEIDA COSTA. *Direito das obrigações*, p. 275-277; ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral*, t. I, p. 270; LOBO, Paulo Luiz Netto Lobo. *A informação como direito fundamental do consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 37, p. 67. São Paulo: RT; FABIAN, Cristoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: RT, 2002, p. 59.
15. Entre nós: FRADERA, Véra Maria Jacob de. *O dever de informar do fabricante*. RT, v. 656, p. 53-71.
16. CALAIS-AULOY/STEINMETZ. *Droit de la consommation*, p. 49.

O conteúdo do direito à informação do consumidor não é determinado *a priori*. Necessário que se verifique nos contratos e relações jurídicas de consumo respectivas, quais as informações substanciais cuja efetiva transmissão ao consumidor constitui dever intransferível do fornecedor. Isto porque, não basta para atendimento do dever de informar pelo fornecedor que as informações consideradas relevantes sobre o produto ou serviço, sejam transmitidas ao consumidor. É necessário que esta informação seja transmitida de modo adequado, eficiente, ou seja, de modo que seja percebida ou pelo menos perceptível ao consumidor.¹⁷ A eficácia do direito à informação do consumidor não se satisfaz com o cumprimento formal do dever de indicar dados e demais elementos informativos, sem o cuidado ou a preocupação de que estejam sendo devidamente entendidos pelos destinatários destas informações.

Incide neste aspecto, de modo combinado ao dever de informar, outros deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva, como o dever de colaboração e de respeito à contraparte. Trata-se, neste sentido, de um dever de informar com veracidade, como projeção sobre as relações de consumo do direito fundamental de acesso à informação (artigo 5.º, XIV, da Constituição), que pode se considerar mesmo como fundamento de um direito difuso à informação verdadeira. Isto implicará, igualmente, o dever de abstenção do fornecedor em dar causa a obstáculos que impeçam ou dificultem o acesso à informação, tais como a exigência de submissão do consumidor a procedimentos complexos (preenchimento de formulários extensos), excessivamente burocráticos, ou mesmo a cobrança de taxas pelo uso de serviço de informações, cujo conteúdo é inerente à execução do contrato e insere-se no dever de boa-fé do fornecedor.¹⁸

A desigualdade entre consumidores e fornecedores, que é uma desigualdade de meios, uma desigualdade econômica, também é no mercado de consumo hipercomplexo de hoje, uma desigualdade informacional.¹⁹ Daí a necessidade de equilíbrio da relação pretendida pela legislação protetiva do consumidor e, sobretudo, pelo CDC, alcançar o que a doutrina alemã vem denominando atualmente de *equidade informacional* (*Informationsgerechtigkeit*).²⁰

O direito à informação do consumidor, como referimos acima, é, por sua natureza, multifacetado. Isto porque, seu conteúdo e eficácia apresentam-se de diferentes modos, conforme a situação de fato ou de direito sob enfoque.²¹ Em todas estas situações, todavia, percebe-se dentre os requisitos da informação transmitida ao consumidor, que a mesma seja *adequada* e

17. No mesmo sentido, sustentando ser um dever cujo cumprimento é de baixo custo, além de ter grande efetividade: LORENZETTI. *Consumidores*, p. 170-171.

18. "Cautelar. Exibição de documentos. Documentos do correntista e extratos bancários. Cobrança de tarifa. Descabimento. Relação de consumo. Direito à informação. Recurso especial provido. 1. A exibição judicial de documentos, em ação cautelar, não se confunde com a expedição de extratos bancários pela instituição financeira, sendo descabida a cobrança de qualquer tarifa. 2. O acesso do consumidor às informações relativas aos negócios jurídicos entabulados com o fornecedor encontra respaldo no Código Consumerista, conforme inteligência dos artigos 6.º, inciso III, 20, 31, 35 e 54, § 5.º [§ 4.º]. 3. Recurso especial provido" (STJ, REsp 356.198/MG, 4.ª T., j. 10.02.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 26.02.2009).

19. ASSIM: RAMSAY, Iain. Consumer protection in the era of informational capitalism. In: WILHEMSSON/TUOMINEN/TUOMOLA. *Consumer law in the information society*, p. 51-53.

20. Neste sentido sustenta o jurista alemão: KLOEPFER, Michael, *Informationsrecht*, Beck, Munique, 2002, p. 128. *Apud*: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (artigo 170). *Parecer. Revista de Direito do Consumidor*, v. 59, p. 197-240. São Paulo: RI, jul.-set. 2006.

21. STJ, REsp 586.316/MG, 2.ª T., j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.03.2009.

veraz. O significado de *adequação* remete ao de *finalidade*. Ou seja, será adequada a informação apta a atingir os fins que se pretende alcançar com a mesma, o que no caso é o esclarecimento do consumidor. Em uma relação contratual, o conteúdo da informação adequada deve abranger essencialmente: a) as condições da contratação; b) as características dos produtos ou serviços objetos da relação de consumo; c) eventuais consequências e riscos da contratação. Na ausência de contrato, o dever de informar assume caráter mais difuso, mas nem por isso menos preciso. É o caso da publicidade, que na medida em que conta também com eficácia vinculativa de natureza contratual (artigo 30 do CDC), deverá oferecer informação precisa, clara e objetiva (artigo 31), assim como apresentar-se ao consumidor com seu caráter promocional e publicitário, em acordo com o princípio da identificação (integra o dever de informar do fornecedor o de identificar uma publicidade como tal, não a disfarçando ou ocultando sob a forma de informação desinteressada).

Na doutrina estrangeira, há os que dividem o dever de informar em dois momentos; o primeiro pré-contratual, e o segundo de natureza contratual. Existiriam, assim, uma obrigação pré-contratual de informação e outra obrigação contratual de informação.²² A técnica do legislador brasileiro, ao estabelecer o direito básico à informação do consumidor e, deste modo, o dever de informar do fornecedor, parece mais abrangente. A violação do dever de informar, neste sentido, se dá em qualquer fase da relação entre consumidor e fornecedor, havendo ou não contrato e, mesmo, na fase pós-contratual. A violação do dever de informar, neste sentido, configura violação de dever legal, e por tal razão, desde logo pode ser sancionado.

Não há, do mesmo modo, um aspecto formal a ser observado em relação aos meios de informação ao consumidor. Serão considerados como tais todos os que estiverem disponíveis ao fornecedor – ou mesmo que se fizerem necessários em circunstâncias específicas – para difundir a informação ao consumidor. Neste sentido, consideram-se meios de informação para o cumprimento adequado do dever de informar do fornecedor, tanto a publicidade, mecanismos de oferta, cartazes, *posters*, assim como rótulos de produtos, embalagens, e qualquer outro instrumento apto a veicular tais informações. Da mesma maneira, pode ser que o fornecedor seja compelido a realizar a difusão da informação por meios não utilizados ordinariamente na atividade de promoção de seus produtos e serviços, quando a proteção do interesse dos consumidores exija. É o caso das chamadas para *recalls*, via veículos de comunicação de grande circulação, na hipótese de defeitos verificados após a introdução do produto no mercado (artigo 10, § 3.º, do CDC).

O direito básico à informação do consumidor constitui-se em uma das bases da proteção normativa do consumidor no direito brasileiro, uma vez que sua garantia tem por finalidade promover o equilíbrio de poder de fato nas relações entre consumidores e fornecedores, ao assegurar a existência de uma *equidade informacional* das partes.

1.4 DIREITO À PROTEÇÃO CONTRA PRÁTICAS E CLÁUSULAS ABUSIVAS

O direito básico do consumidor à proteção contra práticas e cláusulas abusivas constitui norma de grande relevância prática, considerando que a sistemática das normas de proteção do consumidor orienta-se, em boa medida, na coibição do comportamento abusivo do fornecedor. Estabelece o artigo 6.º, IV, do CDC: “A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, mé-

22. CALAIS-AULOY/STEINMETZ. *Droit de la consommation*, p. 50-53.

todos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”.

Por práticas abusivas considera-se toda a atuação do fornecedor no mercado de consumo, que caracterize o desrespeito a padrões de conduta negociais regularmente estabelecidos, tanto na oferta de produtos e serviços, quanto na execução de contratos de consumo, assim como na fase pós-contratual. Em sentido amplo, as práticas abusivas englobam toda a atuação do fornecedor em desconformidade com padrões de conduta reclamados, ou que estejam em desacordo com a boa-fé e a confiança dos consumidores.

A referência e a proibição das práticas abusivas no CDC têm caráter exemplificativo, admitindo, além do que expressamente foi previsto pela legislação (em especial, o rol do artigo 39), o reconhecimento de diversos comportamentos que por sua natureza, ou pelo fato de se darem no curso de uma relação de consumo, caracterizam-se como violadores da boa-fé e da confiança dos consumidores.²³ A natureza da abusividade da conduta dos fornecedores, neste particular, observa-se tanto pelo exercício de uma posição dominante na relação jurídica (*Marktposition*), quanto pela contrariedade da conduta em exame aos preceitos de proteção da confiança e à boa-fé.

É no tocante à proibição das práticas abusivas, igualmente, que a intersecção entre os interesses individuais dos consumidores (identificados topicamente na relação de consumo individual), quanto dos interesses de todos os consumidores e, mesmo do próprio mercado, se estabelece. Isto porque, quando se examina o rol do artigo 39 do CDC, que enumera práticas abusivas vedadas aos fornecedores, percebe-se que em muitas delas há o objetivo de regular relação de consumo individualmente considerada, assim como assegurar uma confiança do mercado de consumo, em vista da repercussão geral que a conduta abusiva vedada pode alcançar. É o caso da proibição da venda casada (inciso I), a recusa de venda de bens ou prestação de serviços mediante pronto pagamento, e da elevação de preços sem justa causa (inciso X), cuja repercussão sobre as relações de consumo ultrapassa o interesse individual dos consumidores para alcançar o interesse geral de eficiência do mercado de consumo, com intersecções com outros setores como é o caso do direito da concorrência, em que ambas as disposições são qualificadas como infrações à ordem econômica.²⁴

Assim também ocorre com as cláusulas abusivas. No caso, cláusulas contratuais em razão das quais o consumidor se vê submetido ao fornecedor, em face de seu próprio conteúdo, ou do modo como foram inseridas no contrato. Em outros termos, conforme aprofundamos no item 2.3.4, sobre o regime das cláusulas abusivas no direito do consumidor, aqui também o caráter abusivo de certas disposições contratuais decorre da posição dominante do fornecedor em relação ao consumidor, que permite a imposição unilateral de condições contratuais prejudiciais aos interesses legítimos dos consumidores. Por tais razões violam a boa-fé objetiva que preside a relação entre consumidores e fornecedores (artigo 4.º, III). Percebe-se como traço distintivo das cláusulas abusivas em relação às demais cláusulas inseridas no contrato, o fato de as mesmas comprometerem o equilíbrio contratual, em desfavor do consumidor, porque seu

23. O caráter flexível da previsão normativa das cláusulas abusivas já foi ressaltado por Antonio Herman Benjamin em seus Comentários: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos et alli. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores...*, 8. ed., p. 363.

24. Neste sentido, o artigo 36, § 3.º, XVIII, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência). Os incisos IX e X, do artigo 39, do CDC, por sua vez, não constavam na sua redação original, sendo incluídos após, com a alteração determinada pelo artigo 87 da Lei 8.884/94, ora substituída pela Lei 12.529/2011.

conteúdo, desde logo, apresenta vantagem exagerada em benefício do fornecedor. Ou ainda, porque seu conteúdo não foi submetido ao conhecimento prévio do consumidor, violando seu direito à informação, de modo a surpreendê-lo no momento da execução.

A proteção do consumidor em relação às cláusulas abusivas é realizada, segundo a previsão normativa do CDC, a partir de duas técnicas: a) o caráter enumerativo ou exemplificativo (*numerus apertus*) das espécies de cláusulas abusivas previstas no artigo 51 do CDC; b) a sanção de nulidade da cláusula, permanecendo válido o restante do contrato (a redução do negócio jurídico), admitindo a invalidade total apenas quando, segundo o artigo 51, § 2.º, "(...) de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes".

1.5 DIREITO AO EQUILÍBRIO CONTRATUAL

O direito subjetivo do consumidor ao *equilíbrio contratual* constitui efeito da principiolgia do direito do consumidor, muito especialmente dos princípios da boa-fé, da vulnerabilidade e, especialmente, do próprio princípio do equilíbrio. O equilíbrio contratual é antes de tudo o equilíbrio dos interesses dos contratantes, consumidor e fornecedor. Neste sentido, parece-nos desenvolver-se em uma triplíce perspectiva: a) o *equilíbrio econômico do contrato*; b) a *equiparação ou equidade informacional das partes*; e c) o *equilíbrio de poder na direção da relação contratual*.

Em boa parte das situações práticas que se apresentam nas relações de consumo, pelo próprio caráter econômico de que se reveste o ato de consumir, é difícil distinguir entre as três espécies de equilíbrio que ora destacamos. E, no mais das vezes, sobretudo as demandas judiciais em geral dizem respeito à repercussão financeira de um determinado descumprimento de deveres pelas partes, e suas consequências no equilíbrio econômico da relação. Todavia, a exata distinção das espécies de equilíbrio contratual que referimos é importante na determinação futura dos deveres das partes e da caracterização do adimplemento ou inadimplemento do contrato de consumo.

Com relação à *equiparação ou equidade informacional* das partes, que assegura a que ambos os contratantes – consumidor e fornecedor – tenham possibilidade real de acesso e conhecimento de informações sobre aspectos essenciais da contratação, bem como dos produtos ou serviços que constituam seu objeto, a proteção desta nuance do equilíbrio contratual se dá *ex vi lege*. Tanto em face da previsão normativa de um direito básico e geral de informação do consumidor (artigo 6.º, II, do CDC), assim como por intermédio de uma série de deveres de informar implícitos ou expressos, imputáveis aos fornecedores (artigos 8.º, 9.º, 10, 12, § 1.º, I; 14, § 1.º, I; 18, 20, 30, 31, 35, 36, 46, do CDC).

No que diz respeito ao equilíbrio de poder na direção contratual, em face da vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor – uma vez que este último exerce no contrato uma posição dominante – é inegável que um maior poder fático nas decisões sobre o curso e o cumprimento do contrato são determinadas ao fornecedor. Por essa razão é que, também *ex vi lege*, o CDC estabelece uma série de normas de limitação ao poder privado do fornecedor, em uma clara intervenção legislativa estatal, no âmbito da autonomia contratual das partes, visando à proteção dos interesses do consumidor vulnerável.

É com relação ao terceiro aspecto, do equilíbrio econômico do contrato, que se concentram as principais dificuldades de interpretação. Isto porque, como referimos, em se tratando de uma relação contratual, é inerente o reconhecimento de sua natureza econômica. Como ensina Enzo

Roppo, *o contrato é a veste jurídica de uma operação econômica*.²⁵ Eventuais desajustes entre os compromissos das partes poderão repercutir, naturalmente, no equilíbrio econômico do contrato, cuja proteção é assegurada pelo CDC em benefício do consumidor.

O artigo 6.º, V, prevê o direito básico do consumidor à “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. Note-se que a proteção do equilíbrio contratual prevista neste inciso visa, essencialmente, à proteção do equilíbrio das prestações do contrato, tendo por finalidade a proteção do seu equilíbrio econômico. Alguns aspectos sobre o modo como o legislador brasileiro estabeleceu a regra em questão são de exame valioso ao intérprete. Primeiro, note-se que o direito abrange duas situações distintas: a *modificação* de cláusulas contratuais desproporcionais, ou a sua *revisão* em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. Ou seja, com relação às cláusulas contratuais que desde a celebração violem o equilíbrio do contrato, facultam-se duas possibilidades ao consumidor: 1) reclamar a decretação de sua nulidade, com fundamento no artigo 51 do CDC, ou 2) requerer sua revisão e modificação, nos termos do artigo 6.º, V. Já no que se refere a um desequilíbrio que se identifique posteriormente, em razão de fato superveniente à celebração do contrato que tornem as prestações excessivamente onerosas, temos uma segunda hipótese de revisão.

É interessante notar a distinção entre os regimes do CDC e do CC sobre a matéria. Enquanto no direito civil, em acordo com as normas do CC, a desproporção originária das prestações das partes no momento da celebração (afetando o chamado sinalagma genético), só pode se dar pela alegação de algum dos defeitos do negócio jurídico (por via direta, a lesão e o estado de perigo; por via indireta, o erro e o dolo), levando à anulação do negócio (salvo na lesão, quando se permite ao beneficiário reduzir o proveito para, reequilibrando o contrato, convalidá-lo, ou no erro, em que a parte beneficiada pode concordar com a realização do negócio de acordo com a vontade real do declarante), no direito do consumidor, em razão do que dispõe o artigo 6.º, V, do CDC, o mero fato da desproporção original das prestações permite modificação, com vista ao equilíbrio do contrato.

Note-se a este respeito que no direito civil, não bastasse a insuficiência prática da categoria dos defeitos do negócio jurídico em razão da exigência inafastável da demonstração do elemento subjetivo (conhecimento ou intenção do agente) na sua caracterização, também com relação a atual opção do legislador brasileiro de indicar a lesão e o estado de perigo como defeitos, a mesma é objeto de crítica, sob o argumento de que não se tratam as mesmas de causa de anulação do negócio jurídico (consequência típica dos defeitos), mas de sua rescisão.

Por outro lado, não se perca de vista que a consequência típica do reconhecimento do defeito do negócio jurídico é sua invalidade, porquanto faltará ao seu suporte fático elemento que o compromete totalmente. No caso da lesão e do estado do perigo, a teor do que dispõe o Código Civil, dois são os elementos para sua configuração: primeiro, a existência de uma desproporção das prestações das partes; segundo a extrema necessidade ou inexperiência (no caso da lesão – artigo 157 do CC), ou ainda a necessidade de salvar-se ou a pessoa de sua família (estado de perigo – artigo 156 do CC).²⁶ Por via indireta, poderia reclamar-se no defeito de erro,

25. ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 11.

26. Caio Mario da Silva Pereira, grande civilista a quem se atribui a introdução moderna do conceito de lesão no direito brasileiro contemporâneo, observava a existência de duas linhas para sua compreensão, uma de natureza objetiva, assinalando a desproporção das prestações, e outra de natureza subjetiva, assinalando a necessidade de demonstrar-se a inexperiência ou necessidade da parte a

sobre as qualidades do objeto (artigo 139, I, do CC), as quais tenham sido causa substancial para celebração do negócio, ou ainda o defeito de dolo (artigo 145 do CC), demonstrando-se que o negócio só foi celebrado em razão da atuação maliciosa da parte beneficiária. Todavia, mesmo nestes casos, ainda necessita-se da demonstração do elemento subjetivo, ou seja, de que o equívoco involuntário da parte prejudicada ou a atuação maliciosa da parte beneficiada foram essenciais à decisão sobre a celebração do negócio jurídico, o que no plano prático é de difícil demonstração. Quanto mais nas relações de consumo nas quais a ausência de formalidades pré-estabelecidas, a velocidade das transações e o dinamismo das relações econômicas tornam improvável a possibilidade de demonstração posterior dos níveis de intenção ou de conhecimento das partes.

Daí porque, ao consagrar como direito básico do consumidor a modificação das cláusulas que estabeleçam prestações desproporcionais, independente da demonstração de qualquer requisito de natureza subjetiva, o legislador teve por objetivo assegurar o equilíbrio econômico do contrato desde sua celebração, sem a necessidade de sua desconstituição ou invalidação, mas apenas pela correção das mesmas, destacando finalidade de manutenção do contrato de consumo.

O mesmo se percebe em relação à segunda consequência deste direito básico ao equilíbrio contratual do consumidor. Ao assegurar o direito de revisão do contrato quando, em razão de fatos supervenientes este se torne excessivamente oneroso, o legislador do CDC também traça uma linha distintiva entre o regime contratual dos contratos de consumo e aqueles regulados pelo Código Civil (contratos civis).

O vocábulo *revisão* é utilizado em nosso sistema como efeito de uma série de causas. Atentando para as hipóteses tradicionais de revisão contratual, Emílio Betti, identificou este procedimento como a *reconstrução do conteúdo do contrato*.²⁷ Ocorre que esta possibilidade de reconstrução se estabelece, em nosso sistema como providência de exceção, de cuja regra é a prevalência do conhecido princípio da vinculatividade, o *pacta sunt servanda*.

Entretanto, com a evolução do direito privado e a identificação de uma série de situações em que a manutenção do conteúdo do contrato, nos exatos termos nos quais foi celebrado, poderia acarretar a consolidação e aprovação de consequências manifestamente iníquas, ou mesmo antieconômicas, deu-se causa a que fossem reconhecidas determinadas circunstâncias em que seria admitida a alteração do conteúdo do contrato, em benefício do equilíbrio do interesse das partes.

A primeira destas teorias, conhecida como *teoria da imprevisão*, desenvolveu-se a partir da jurisprudência e doutrina francesa do início do século XX, notadamente a partir do caso da Companhia de Gás de Bordeaux, de 1916, em que esta empresa celebrara contrato com a cidade de Bordeaux, visando ao fornecimento de gás aos usuários do serviço, estabelecendo inclusive o preço que deveria ser cobrado por este fornecimento. Ocorreu que, com a alta do preço do carvão em razão da eclosão da I Guerra Mundial, e a ocupação das regiões produtoras, assim como a pressão de custos da empresa em razão do conflito, o preço originariamente contratado passou a não ser suficiente para assegurar sua viabilidade econômica. O Conselho de Estado da França, então, acolheu a pretensão da Companhia de Gás para reconhecer a imprevisibilidade

quem se obriga a prestação desproporcional que lhe é desfavorável. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 187-189.

27. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*, Coimbra: Coimbra Editora, 1969. t. II. p. 239.

da situação e a possibilidade de reequilíbrio do contrato,²⁸ o que em seguida se reconheceu para outra série de contratos de prestações contínuas por intermédio da edição da *Lei Faillot*, de 1918, em vista das consequências da I Guerra Mundial, imprevisíveis quando da celebração dos respectivos contratos.

Desenvolvida largamente a partir de então em diversos sistemas jurídicos e, inclusive, no direito brasileiro,²⁹ a teoria da imprevisão exige para dar causa à revisão do contrato, que o fato superveniente que determine a desproporção das prestações seja imprevisível às partes no momento da sua celebração (*rebus sic stantibus*). Deste modo prevê o artigo 317 do CC, que a consagra: "Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação". Note-se que a imprevisibilidade remete mais uma vez à avaliação sobre a possibilidade ou não das partes de tomarem conhecimento das circunstâncias que envolvem e repercutem na relação contratual. *Imprevisível* é qualidade do que não é possível, segundo regras ordinárias e de comportamento diligente e probo das partes, antecipar o conhecimento sobre sua ocorrência. Em matéria contratual, distingue-se do que seja previsível, porquanto este se caracteriza como inerente ao risco normal do adimplemento ou não do contrato.

Todavia, é nesse ponto que cabe destacar a diferença entre o regime da revisão dos contratos no direito civil e no direito do consumidor. Segundo a regra do artigo 6.º, V, do CDC, em sua segunda parte, o direito subjetivo do consumidor à revisão do contrato decorre da circunstância de que fato superveniente tenha tornado excessivamente onerosas as prestações. Não faz referência, assim, ao requisito sobre a imprevisibilidade ou não do fato superveniente que tenha dado causa à desproporção. Neste sentido, o CDC, coerente com a diretriz de impedir a transferência de riscos do negócio ao consumidor, assim como de proporcionar uma maior objetividade do exame e avaliação do comportamento das partes do contrato de consumo, afasta a exigência (e com isso a necessidade de comprovação) de que o fato que tenha dado causa à desproporção fosse imprevisível. O objetivo desta disposição é a proteção do consumidor não apenas com relação a fatos supervenientes que desestruturarem o plano do contrato e a possibilidade de adimplemento, mas também uma vedação a que riscos inerentes ao negócio do fornecedor sejam repassados ao consumidor, quando a responsabilidade pelos mesmos seja daquele que desenvolve a atividade negocial.

Neste sentido, aliás, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça quando decidiu sobre os critérios para admissão da revisão dos contratos de arrendamento mercantil e *leasing*, cujo valor das prestações estava vinculado ao dólar norte-americano. E do mesmo modo, considerando que estes mesmos contratos foram celebrados quando havia paridade monetária entre a

28. Para a íntegra do caso, veja-se, conforme já referido: LONG, M. *et alli*. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, p. 189-197.

29. Sobre o tema, veja-se, dentre outros: FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958; STIGLITZ, Rúben. *Autonomia de la voluntad e revisión del contrato*. Buenos Aires: De Palma, 1992; AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos*. RT, v. 733, p. 109-119. São Paulo: RT, nov. 1996; SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos...*, p. 102 *et seq.*; MARTINS-COSTA, Judith. A teoria da imprevisão e a influência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. RT, v. 670, p. 41-48. São Paulo: RT, ago. 1991; MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, 4. ed., p. 239 *et seq.*; BECKER, Anelise. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000; BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.

moeda norte-americana e o real (moeda brasileira). Neste sentido, sobrevindo desvalorização do real frente ao dólar na crise cambial de 1999, a dívida do consumidor que estava vinculada à moeda estrangeira, terminou suportando toda a oscilação, vindo a se tornar excessivamente onerosa. Neste aspecto, buscou-se discutir em um primeiro momento se não haveria o dever do consumidor de prever e assumir os riscos da operação, o que desde logo foi afastado pela jurisprudência do STJ, ao reconhecer no artigo 6.º, V, do CDC, fundamento distinto da teoria da imprevisão para fundamentar a revisão dos contratos, bastando para aplicação da norma e deferimento da revisão, a comprovação da excessiva onerosidade a que tenha dado causa fato superveniente. Com relação a este aspecto percebe-se, aliás, que não apenas o STJ autorizou a revisão com fundamento na desproporção manifesta das prestações, como a escudou, igualmente, na impossibilidade, segundo as regras do CDC, da transferência de riscos da atividade financeira para obtenção dos recursos a serem utilizados no oferecimento de empréstimos ao consumo, do fornecedor (a quem incumbe responder por estes riscos) para o consumidor.³⁰

Muitos doutrinadores³¹ identificam nesta previsão do artigo 6.º, V, do CDC, a admissão em nosso sistema, da *teoria da base do negócio jurídico*, afirmada no direito alemão por Karl Larenz.³² Segundo Larenz, a base objetiva do negócio seria composta de circunstâncias cuja existência e sua permanência são objetivamente necessárias para que o contrato, tal qual concebido por ambos os contratantes, permaneça válido e útil, como algo dotado de sentido.³³ Ou

30. "Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de conhecimento sob o rito ordinário. Cessão de crédito com anuidade do devedor. Prestações indexadas em moeda estrangeira (dólar americano). Crise cambial de janeiro de 1999. Onerosidade excessiva. Caracterização. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. – O preceito insculpido no inciso V do artigo 6.º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. – A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. – A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a sociedade de fomento ao crédito estará assegurada quanto aos riscos da variação cambial. – É ilegal a transferência de risco da atividade financeira ao consumidor, ainda mais quando não observado o seu direito à informação" (STJ, REsp 417.927/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 21.05.2002, DJU 01.07.2002. p. 339).

31. Neste sentido pontifica Claudia Lima Marques, para quem a interpretação jurisprudencial da cláusula do artigo 6.º, V, do CDC, terminou "introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da quebra da base objetiva do negócio, preconizada por Larenz. Neste sentido, não há necessidade de que o fato superveniente do artigo 6.º, V seja "imprevisível", bastando a demonstração objetiva da onerosidade excessiva para o consumidor". MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 481.

32. A teoria da base do negócio jurídico de Karl Larenz, neste sentido, segue em linha de desenvolvimento outra já aventada pela doutrina alemã no século XIX, e conhecida como teoria da pressuposição, elaborada por Windscheid, segundo a qual a vontade negocial só teria validade ainda que de modo tácito, em determinada situação que o contratante considerasse que com certeza existira em um determinado tempo futuro, razão pela qual não a estabeleceu como condição (evento futuro, mas incerto) do contrato. A grande crítica a esta teoria, entretanto, é o fato de que a mesma equivaleria a uma espécie de erro quanto aos motivos da celebração do negócio, o que, pela dificuldade de verificação e de precisão, daria ensejo a grande insegurança acerca da higidez da declaração negocial. Neste sentido veja-se: FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos...*, p. 134.

33. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956. p. 41.

como sugere, entre nós, Clóvis do Couto e Silva, a teoria da base objetiva relativiza, em situações dramáticas, a vontade, de modo a permitir a adaptação do contrato à realidade.³⁴

Parece-nos ser este o fundamento do artigo 6.º, V, do CDC, em sua segunda parte. A revisão contratual, em razão de fato superveniente, decorre da necessidade de preservação do fim útil do contrato, assim como – em vista da proteção do consumidor – assegurar sua manutenção, impedindo a aplicação de outras soluções que simplesmente determinem sua resolução. Esta, aliás, é a solução preconizada pelo Código Civil na hipótese do artigo 478, ao adotar a solução do Código Civil italiano, de 1942, da resolução por onerosidade excessiva.³⁵ Neste sentido, não exige a imprevisibilidade, mas simplesmente a desproporção causada por fato superveniente como fundamento da revisão do contrato pelo consumidor. Este efeito, em conjunto com o direito à modificação das cláusulas contratuais que desde logo estabeleçam prestações desproporcionais (ou seja, desde a celebração), asseguram o direito básico do consumidor ao equilíbrio contratual.

1.6 DIREITO À MANUTENÇÃO DO CONTRATO

Outro direito básico do consumidor que se pode identificar da interpretação combinada dos artigos 6.º, V, e 51, § 2.º do CDC, é o *direito à manutenção do contrato*. Estabelece o artigo 6.º, V, como já examinamos, o direito básico do consumidor à “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. No mesmo sentido, refere o artigo 51, § 2.º, do CDC que: “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”.

O aspecto diferencial entre o regime de invalidades do direito civil comum e do direito do consumidor esta especificamente na preservação do que este último abrange como interesse protegido, qual seja, o interesse do consumidor. A realidade dos contratos de consumo, e da polarização entre consumidores e fornecedores, por sua vez, estabelece que não há, em muitas circunstâncias, espaço para autonomia do consumidor de decidir sobre realizar ou não a con-

34. COUTO E SILVA, Clóvis. A teoria da base do negócio jurídico. In: FRADERA, Vêra Maria Jacob de (org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 93-94.

35. Assim os artigos 478, 479 e 480 do CC: “Artigo 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retróagirão à data da citação; Artigo 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato; Artigo 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”. Note-se a distinção quanto aos efeitos entre as disposições mencionadas. Enquanto o artigo 478 estabelece um direito à resolução do contrato, o artigo 479, estabelece, em favor da outra parte, em tese beneficiada pela onerosidade da prestação do outro contratante, a faculdade de promover a revisão do contrato, para promover seu reequilíbrio. Já no caso do artigo 480, trata-se de situação em que a prestação incumbirá a apenas uma das partes, circunstância em que esta poderá postular a revisão do contrato visando ou a redução da mesma ou a alteração do seu modo de execução”. Neste sentido, veja-se: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao novo Código Civil. Da extinção do contrato*. Artigos 472 a 480, volume VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

tratação. A vulnerabilidade do consumidor abrange, neste sentido, também uma impossibilidade fática de decidir não contratar ou, muitas vezes, romper o contrato, em face da absoluta necessidade de obtenção do produto ou serviço objeto da relação de consumo em curso. Caracteriza, pois, em muitos casos, o que Cláudia Lima Marques denomina como relação de *catividade* entre o consumidor e o fornecedor, na medida em que se desenvolve uma *dependência* do primeiro com relação ao contrato.³⁶ Por tais razões, aliás, é que o CDC assegura em certas circunstâncias, a existência de um *direito ao contrato* (ou um *direito de contratar*) por parte do consumidor, como é o caso do artigo 39, I e IX, prevendo como práticas abusivas tanto a venda casada (condicionamento de aquisição de um produto por outro), quanto a recusa de contratar, mediante pronto pagamento.

Neste sentido, uma vez que exista o direito à revisão do contrato, seja em razão de desproporção das prestações por fato superveniente, ou mesmo com vista à decretação da nulidade de cláusula contratual abusiva, não se cogita a princípio da extinção por resolução ou a anulação do contrato. Ao contrário, quando se trate de cláusulas abusivas, o artigo 51, § 2.º, do CDC, expressamente prevê o dever de integração do juiz, para suprir a lacuna determinada pela nulidade da cláusula, e apenas em caso de impossibilidade, caracterizada pelo fato de “apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”, é que se vai admitir então que a nulidade da cláusula contamine todo o contrato, acarretando o reconhecimento de sua invalidade. A providência do CDC teve em vista a proteção do interesse do consumidor que necessita do contrato,³⁷ e que por isso mesmo não pode simplesmente admitir sua invalidade com a restituição da situação das partes ao estado anterior. Daí porque sustenta com precisão, o mestre argentino Ricardo Lorenzetti, que este direito à manutenção ou conservação do contrato constitui-se em espécie de *mandato constitucional de otimização da autonomia privada*.³⁸

Percebe-se a que a diretriz do CDC orienta-se no sentido de assegurar a manutenção do contrato enquanto houver interesse útil a ser satisfeito mediante sua execução. Neste sentido, poderá ser considerado abusivo o comportamento do fornecedor que, no interesse da extinção da relação contratual, dificulte, coloque obstáculos, ou mesmo impeça o cumprimento do contrato pelo consumidor, como modo de provocar o inadimplemento. É a situação do fornecedor que – sobretudo quando se trate de contratos contínuos, de longa duração – buscando extinguir ou aditar o contrato em vigor para forçar o consumidor a celebrar uma nova contratação, passa a adotar comportamento incompatível com a satisfação do interesse útil e legítimo das partes. Nestes casos, a par de uma violação direta à boa-fé objetiva que informa as relações

36. Sustenta Cláudia Lima Marques: “Esta posição de dependência, ou como aqui estamos denominando, de “catividade”, só pode ser entendida no exame do contexto das relações atuais, onde determinados serviços prestados no mercado asseguram (ou prometem) ao consumidor e sua família, status, “segurança”, “crédito renovado”, “escola ou formação universitária certa e qualificada”, “moradia”, ou mesmo “saúde” no futuro. A catividade deve ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro”. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 79.

37. Como ensina Antonio Juan Rinessi, o sentido da integração do contrato é, sobretudo, “de que modo, com sua intervenção, ao suprimir-se a cláusula abusiva, poderá o juiz devolver ao consumidor o interesse sobre cujas bases possivelmente contratou”. RINESSI, Antonio Juan. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 264.

38. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte general*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, p. 151-152.

contratuais em geral, e as relações de consumo em particular, deriva igualmente uma violação ao direito de manutenção do contrato pelo consumidor.

Por outro lado, o direito à manutenção do contrato também se revela com a possibilidade de purgação da mora pelo consumidor inadimplente, como modo de evitar a resolução do contrato pelo credor. Neste caso, não há, *a priori*, limites definidos para identificação da situação em que a purga da mora é legítima, e em que casos poderá ser impedi-la, dando causa ao exercício pleno do direito de resolução. Situação em que se deve reconhecer a existência do direito do devedor à purgação da mora, será nos contratos cativos de longa duração, com cumprimento diferido, no qual o inadimplemento do consumidor é episódico (e não uma conduta contumaz). Por outro lado, a jurisprudência vem restringindo a hipótese no caso de contratos de financiamento garantidos por alienação fiduciária, em vista do que dispõe o artigo 3.º, § 2.º, do Decreto-lei 911/1969, com a redação dada pela Lei 10.931/2004. Neste caso, a purgação da mora só é reconhecida se submetida ao efeito do vencimento antecipado de toda a dívida, de modo que o consumidor será considerado adimplente na medida em que pague não só as parcelas que efetivamente atrasou, mas toda a dívida do financiamento.³⁹ Interpretação alternativa, todavia vencida na jurisprudência atual do STJ, sustentará – a nosso ver como acerto – que segundo o artigo 54, § 2.º, do CDC, cabe ao consumidor a escolha quanto à resolução do contrato ou o seu cumprimento, de forma que é abusiva qualquer norma que dite solução contrária, a exemplo de vencimento antecipado do contrato, ademais de ser contrária ao próprio princípio da conservação dos negócios jurídicos previsto no Código Civil.⁴⁰

1.7 DIREITO À PREVENÇÃO DE DANOS

O artigo 6.º, VI, do CDC estabelece, dentre os direitos básicos do consumidor, “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. A reparabilidade dos danos causados a consumidores, assim como a qualquer outra vítima, já se encontra consagrado no regime da responsabilidade civil, prevista no direito privado comum. Neste sentido, o que se pode considerar, ao tempo de edição da CDC como inovação, é a previsão da reparabilidade do dano moral, em face da previsão expressa a este respeito, esculpida no artigo 5.º, V, da Constituição da República (o que hoje resta consagrado, inclusive na legislação). Todavia, a sistemática do CDC não se esgotou, como se percebe, na previsão expressa de um direito básico à *reparação* de danos, senão que apontou para a determinação de um direito básico à *prevenção* da ocorrência destes danos. Neste sentido, *prevenir* significa eliminar ou redu-

39. “Direito civil. Recurso especial. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária em garantia. Decreto-lei n. 911/1969. Alteração introduzida pela Lei 10.931/2004. Purgação da mora e prosseguimento do contrato. Impossibilidade. Necessidade de pagamento do total da dívida (parcelas vencidas e vincendas). 1) A atual redação do art. 3.º do Decreto-Lei 911/1969 não faculta ao devedor a purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. 2) Somente se o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5.(cinco) dias após a execução da liminar, ser-lhe-á restituído o bem, livre do ônus da propriedade fiduciária. 3) A entrega do bem livre do ônus da propriedade fiduciária pressupõe pagamento integral do débito, incluindo as parcelas vencidas, vincendas e encargos. 4) Inexistência de violação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 5) Recurso especial provido.” (STJ, REsp 1.287.402/PR, 4.ª T., j. 03.05.2012, rel. Min. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 18.06.2013).

40. Assim, o voto vencido do Min. Marco Buzzi, no mesmo REsp 1287402/PR, mencionado na nota anterior.

zir, antecipadamente, causas capazes de produzir um determinado resultado. No caso, o direito básico do consumidor à efetiva prevenção de danos indica aos demais destinatários das normas de proteção estabelecidas no CDC uma série de deveres conducentes à eliminação ou redução dos riscos de danos causados aos consumidores, em razão da realidade do mercado de consumo. Tais deveres são determinados basicamente aos fornecedores e ao Estado. Aos primeiros como dever próprio, decorrente da sua condição de agentes econômicos no mercado de consumo. Já com relação ao Estado, tais deveres decorrem da norma constitucional impositiva de promoção da defesa do consumidor.

Com relação aos fornecedores, são duas as espécies de deveres correspondentes ao direito do consumidor de prevenção de danos: *deveres positivos* e *deveres negativos*. Com relação aos primeiros, avulta o dever de informar aos consumidores sobre os riscos dos produtos e serviços introduzidos no mercado (artigos 6.º, III, 8.º e 9.º), assim como às autoridades, quando os riscos se tornem conhecidos após a introdução do produto no mercado (artigo 10, § 1.º). Por outro lado, dentre os deveres negativos (deveres de abstenção), destaca-se o de não introduzir no mercado produtos que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde e à segurança dos consumidores (artigo 10, *caput*).

Da parte do Estado, o dever que se transmuta em competência específica e concorrente dos diversos Órgãos dos Entes Federados é de exercer seu poder de polícia na fiscalização e controle do mercado de consumo (artigo 55 do CDC), reprimindo as violações a direitos dos consumidores, assim como impedindo sua ocorrência. Além destas, o CDC estabelece alguns deveres específicos como o dever de informação aos consumidores na hipótese de conhecimento, pelo Poder Público, de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores (artigo 10, § 3.º). Assim como o dever de adotar as providências necessárias, após ter conhecimento da periculosidade de produtos ou serviços, para que o fornecedor promova a imediata correção da falha que dá causa ao risco em questão, bem como a adequada divulgação do conteúdo e procedimentos a serem realizados (o *recall*).

Além destas providências fáticas de prevenção de danos, não se pode descurar da potencialidade deste direito básico do consumidor em termos judiciais. Em primeiro lugar, a realização do direito à prevenção de danos constitui, em direito do consumidor, o fundamento de direito material para as providências antecipatórias deferidas pelo juízo para impedir a realização de dano de difícil reparação.⁴¹ Da mesma forma, o reconhecimento de um direito básico à prevenção de danos, que não apenas se determina a título individual, mas também coletivo, pode fundamentar – não sem antes de enfrentar uma vasta relação de argumentos em contrários erigidos pela tradição do sistema jurídico brasileiro⁴² – o reconhecimento de uma finalidade

41. Neste sentido, cabe a aplicação combinada do artigo 6.º, VI, do CDC em conjunto com as disposições legislativas em matéria processual, como o artigo 273 do CPC que estabelece: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”. No mesmo sentido, quanto à tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, dispõe o artigo 461 do CPC.

42. Bem refere esta dificuldade do direito brasileiro, a jurista gaúcha Judith Martins-Costa: “Quando, no Direito, certo instituto é refuncionalizado para atender novas necessidades, ou a circunstâncias que, mesmo existentes, não eram consideradas dignas de tutela, é preciso que a doutrina não se atere a dogmas que bem vestiam tão só a função antiga restando, na nova, como roupas, mas cortadas, em massa produzidas. É precisamente o que ocorre com a insistência de atribuir-se à respon-

satisfativa, de desestímulo à repetição do dano pelo ofensor,⁴³ para as indenizações decorrentes da responsabilidade civil dos fornecedores sob o regime do CDC. A prevenção neste sentido, não representaria apenas a adoção de providências materiais para evitar a realização do dano, mas de modo igual, as providências tendentes ao desestímulo dos fornecedores que ofendam os direitos dos consumidores a não repetir esta conduta, bem como de exemplo aos demais agentes econômicos para que não reproduzam tal comportamento.

1.8 DIREITO À EFETIVA REPARAÇÃO DE DANOS

O direito básico do consumidor à efetiva reparação de danos é, igualmente, da maior relevância para efeito de proteção dos legítimos interesses dos consumidores. Note-se que, com relação à identificação de quais os danos ressarcíveis no regime do CDC, foi ampla a previsão do legislador, fazendo referência aos danos materiais e morais, individuais, difusos e coletivos. A reparabilidade dos danos morais e materiais em igualdade de condições, e mesmo a possibilidade de sua cumulação,⁴⁴ foi tema de gradual evolução jurisprudencial em nosso direito, sobretudo a partir da Constituição da República de 1988, estando hoje totalmente consagrada.

Todavia, não são poucos os efeitos que se retiram da norma do artigo 6.º, VI, do CDC, no que diz respeito à utilização da expressão “*efetiva reparação*” ali consignada. Não parece ter o legislador, neste caso, pretendido reforçar a necessidade de reparação do consumidor, o que desde logo seria desnecessário, considerando a reparabilidade de danos consagrada pelo sistema geral de direito privado, no que diz respeito à responsabilidade civil. O direito à efetiva reparação, neste particular, consagra em direito do consumidor o *princípio da reparação integral*

sabilidade civil, como se integrasse a sua própria natureza, um caráter reparatório, sem nenhum elemento de punição ou de exemplaridade (...). “É, em linha de princípio, o entendimento adotado em parte da jurisprudência brasileira e acolhido pela doutrina, que, entretanto não relacionam este caráter de expiação e satisfação diretamente com a pena privada romana, mas com o instituto dos *punitive damages* ou *exemplary damages* do direito norte-americano, cabíveis notadamente nos casos de danos extrapatrimoniais coletivos. De toda a forma, ao fundar o valor da verba na relação entre a necessidade de satisfazer, de um lado, a vítima, e, de outro, impor exposição, sacrifício palpável ao lesante, ultrapassa-se outro dogma, conexo ao do caráter puramente restitutivo da responsabilidade civil, qual seja, a não incidência, na fixação do *quantum*, do dever de proporcionalidade, também dito princípio da proporcionalidade”. Em conclusão, todavia, vai reconhecer uma tendência de vários ordenamentos, dentre os quais o brasileiro, na adoção desta função pedagógica, de desestímulo, sobretudo nos danos causados de modo massificado. MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 408-446.

43. Para um amplo estudo de direito comparado, reconhecendo a possibilidade do reconhecimento da função satisfativa, ou de desestímulo que pode assumir a indenização em nosso direito, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento do danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. Parecer. RT, v. 835. São Paulo: RT, maio 2005. p. 75-133.
44. Neste sentido a Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

dos danos. Ou seja, de que devem ser reparados todos os danos causados, sejam os prejuízos diretamente causados pelo fato, assim como aqueles que sejam sua consequência direta.⁴⁵

Destaque-se que o sistema de reparação previsto no CDC se afasta, neste ponto, do sistema adotado pelo direito civil. No direito civil comum, o artigo 944, parágrafo único, do CC reconhece a possibilidade de redução equitativa da indenização em vista do grau de culpa do ofensor (“Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”). O regime da responsabilidade civil no CDC, todavia, ao reconhecer como regra geral a responsabilidade de natureza objetiva (com exceção dos profissionais liberais) afasta, a princípio, a possibilidade de uma avaliação da culpa para efeito de determinação da indenização (culpa como fator de imputação) e, do mesmo modo – considerando o direito à efetiva reparação – é afastada também como critério de redução da indenização. Ao contrário, em vista das diretrizes constitucionais de proteção da dignidade da pessoa humana e da ampla reparabilidade do dano (artigo 5.º, V, da Constituição da República), é possível vislumbrar uma concentração do regime da responsabilidade civil, desde esta perspectiva consagradora de direitos fundamentais, na *proteção do interesse da vítima*. Neste sentido, considerando as espécies de danos e a realidade de fato em que são causados no direito do consumidor (no âmbito do mercado de consumo), não é conveniente, nem mesmo possível, sob o aspecto prático, uma avaliação sobre o grau de culpa do causador do dano.

Comprova-se este entendimento na opção de certos sistemas que, identificando a necessidade de limitação e indenização (opção diversa do direito brasileiro), ainda assim não recorreram ao critério da graduação de culpa, mas sim a soluções como o tarifamento da indenização. É o caso da Diretiva 85/374/CEE, sobre a responsabilidade pelo fato do produto, que acabou por admitir a possibilidade de limitação da indenização, via tarifamento.⁴⁶ Note-se, todavia, que ao internalizar as disposições da referida Diretiva, alguns países terminaram afastando esta limitação, optando por continuar a orientar-se pelo princípio da reparação integral, como será o caso, por exemplo, do direito francês.⁴⁷

A efetividade da reparação do consumidor, assim, estará vinculada, no direito brasileiro, à integral reparação do dano, não se admitindo a aplicação, no microsistema do direito do consumidor, das regras de mitigação da responsabilidade ou de fixação do *quantum* indenizatório que desconsiderem esta diretriz fundamental do sistema, orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana e pelo direito fundamental à reparação de danos consagrados na Constituição da República.

Refira-se por fim, que tendo sido paga a indenização devida aos consumidores-vítimas por segurador do fornecedor responsável pela reparação, este subroga-se para todos os efeitos nos direitos dos consumidores.⁴⁸ É efeito que decorre do disposto no artigo 786 do Código Civil.

45. Fabre-Magnan, Muriel. *Les obligations*. Paris: PUF, 2004, p. 903-904; COUTANT-LAPALUS, Christelle. *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*. Aix de Marseille: Presses Universitaires d'Aix de Marseille, 2002. p. 20.

46. CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor...*, p. 691.

47. CALAIS-AULOY/STEINMETZ. *Droit de la consommation*, p. 227.

48. “Agravamento. Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Ação Regressiva da seguradora contra o causador do dano. Transporte Marítimo. Relação de consumo. Prescrição. Inocorrência. Súmula 83/STJ. Decisão Agravada Mantida. Improvimento. I. A relação entre a segurada e a transportadora é de consumo. Assim, incide o Código de Defesa do Consumidor na relação entre a segu-

Por fim, refira-se que consta da indicação do artigo 6.º, VI, o direito à efetiva reparação dos danos materiais e morais, individuais, coletivos e difusos. Do texto se extrai o reconhecimento do dano moral coletivo. Todavia, não há consenso quanto ao seu conteúdo. Em outros termos, se o dano moral coletivo decorre de um ato que atinge toda a sociedade indistintamente (no modelo de dano social proposto por Antônio Junqueira de Azevedo)⁴⁹ ou se mera soma de danos individuais. Precedente jurisprudencial inicialmente conduziu ao último entendimento, mais restritivo,⁵⁰ sob a crítica da doutrina especializada.⁵¹ Mais recentemente, novo precedente do STJ⁵² admitiu o reconhecimento do dano à coletividade de consumidores tomada indistintamente.⁵³ Atualmente, percebe-se crescente reconhecimento do dano moral coletivo, especialmente em vista da segurança e eficácia da própria autoridade do direito, de modo que a violação ao direito da coletividade de consumidores mereça, pelo desprezo à norma, ou sua repercussão no meio social a condenação em danos morais coletivos como signo de reprovação social.⁵⁴

radora - que se sub-rogou nos direitos da segurada - e a transportadora, aplicando-se o prazo prescricional do artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Incidência da Súmula 83 desta Corte. II. O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. III. Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.202.756/RJ, 3.ª T., j. 14.12.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 17.02.2011).

49. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et alli. *O Código Civil e sua interdisciplinariedade. Os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370-377.
50. "Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido." (STJ, REsp 598.281/MG, 1.ª T., j. 02.05.2006, rel. Min. Luiz Fux, rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ 01.06.2006).
51. BESSA, Leonardo. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 59, p. 78 e ss. São Paulo: RT, julho-setembro/2006. MARTINS, Guilherme Magalhães. Dano moral coletivo nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 82, p. 87 e ss. São Paulo: RT, abril-junho/2012.
52. "Recurso especial. Dano moral coletivo. Cabimento. Artigo 6.º, VI, do Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Razoável significância e repulsa social. Ocorrência, na espécie. Consumidores com dificuldade de locomoção. Exigência de subir lances de escadas para atendimento. Medida desproporcional e desgastante. Indenização. Fixação proporcional. Divergência jurisprudencial. Ausência de demonstração. Recurso especial improvido. I - A dicção do artigo 6.º, VI, do Código de Defesa do Consumidor é clara ao possibilitar o cabimento de indenização por danos morais aos consumidores, tanto de ordem individual quanto coletivamente. II - Todavia, não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso. É preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. Ocorrência, na espécie. III - Não é razoável submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física, ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 degraus, em agência bancária que possui plena capacidade e condições de propiciar melhor forma de atendimento a tais consumidores. IV - Indenização moral coletiva fixada de forma proporcional e razoável ao dano, no importe de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). V - Impõe-se reconhecer que não se admite recurso especial pela alínea "c" quando ausente a demonstração, pelo recorrente, das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados. VI - Recurso especial improvido." (STJ, REsp 1221756/RJ, 3.ª T., j. 02.02.2012, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10.02.2012).
53. "Administrativo e Processual Civil. Violação do art. 535 do CPC. Omissão inexistente. Ação civil pública. Direito do consumidor. Telefonia. Venda casada. Serviço e aparelho. Ocorrência. Dano

1.9 DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O reconhecimento de direitos subjetivos aos consumidores, por si só, não assegura a efetividade da proteção jurídica conferida por lei. Neste sentido, é necessário tornar disponível

moral coletivo. Cabimento. Recurso especial improvido. 1. Trata-se de ação civil pública apresentada ao fundamento de que a empresa de telefonia estaria efetuando venda casada, consistente em impor a aquisição de aparelho telefônico aos consumidores que demonstrassem interesse em adquirir o serviço de telefonia. 2. Inexiste violação ao art. 535, II do CPC, especialmente porque o Tribunal a quo apreciou a demanda de forma clara e precisa e as questões de fato e de direito invocadas foram expressamente abordadas, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam, notadamente no que concerne a alegação de falta de interesse de agir do Ministério Público de Minas Gerais. 3. É cediço que a marcha processual é orquestrada por uma cadeia concatenada de atos dirigidos a um fim. Na distribuição da atividade probatória, o julgador de primeiro grau procedeu à instrução do feito de forma a garantir a ambos litigantes igual paridade de armas. Contudo, apenas o autor da Ação Civil Pública foi capaz de provar os fatos alegados na exordial. 4. O art. 333 do Código de Processo Civil prevê uma distribuição estática das regras inerentes à produção de prova. Cabe ao réu o ônus da impugnação específica, não só da existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, como também da impropriedade dos elementos probatórios carreados aos autos pela ex adversa. Nesse ponto, mantendo-se silente o ora recorrido, correto o entendimento de origem, no ponto em que determinou a incidência do art. 334, II, do CPC e por consequência, ter recebido os documentos de provas do autor como incontroversos. 5. O fato de ter as instâncias de origem desconsiderado a prova testemunhal da recorrida - porquanto ouvida na qualidade de informante - não está apto a configurar cerceamento de defesa, pois a própria dicção do art. 405, § 4.º, do CPC, permite ao magistrado atribuir a esse testemunho o valor que possa merecer, podendo, até mesmo, não lhe atribuir qualquer valor. 6. Não tendo o autor sido capaz de trazer aos autos provas concretas de sua escorreta conduta comercial, deve suportar as consequências desfavoráveis à sua inércia. Fica, pois, afastado possível violação aos arts. 267, VI, 333, II e 334, II do CPC. 7. A possibilidade de indenização por dano moral está prevista no art. 5.º, inciso V, da Constituição Federal, não havendo restrição da violação à esfera individual. A evolução da sociedade e da legislação têm levado a doutrina e a jurisprudência a entender que, quando são atingidos valores e interesses fundamentais de um grupo, não há como negar a essa coletividade a defesa do seu patrimônio imaterial. 8. O dano moral coletivo é a lesão na esfera moral de uma comunidade, isto é, a violação de direito transindividual de ordem coletiva, valores de uma sociedade atingidos do ponto de vista jurídico, de forma a envolver não apenas a dor psíquica, mas qualquer abalo negativo à moral da coletividade, pois o dano é, na verdade, apenas a consequência da lesão à esfera extrapatrimonial de uma pessoa. 9. Há vários julgados desta Corte Superior de Justiça no sentido do cabimento da condenação por danos morais coletivos em sede de ação civil pública. Precedentes: EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1440847/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2014, DJe 15.10.2014, REsp 1269494/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24.09.2013, DJe 01.10.2013; REsp 1367923/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 27.08.2013, DJe 06.09.2013; REsp 1197654/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 01.03.2011, DJe 08.03.2012. 10. Esta Corte já se manifestou no sentido de que "não é qualquer atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê ensanchas à responsabilidade civil. Ou seja, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. (REsp 1.221.756/RJ, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 10.02.2012). 11. A prática de venda casada por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. No momento em que oferece ao consumidor produto com significativas vantagens - no caso, o comércio de linha telefônica com valores mais interessantes do que a de seus concorrentes - e de outro, impõe-lhe a obrigação de aquisição de um aparelho telefônico por

ao consumidor a possibilidade real de defesa de seus interesses, o que na experiência brasileira incumbirá ao Estado por intermédio dos Órgãos da Administração Pública e, de modo decisivo, do Poder Judiciário. O artigo 6.º, VII, do CDC, com este objetivo, vai consagrar como direito básico do consumidor “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

Este direito de acesso à justiça previsto na norma protetiva do consumidor representa o desenvolvimento do direito fundamental de acesso à justiça consagrado na Constituição da República, ao estabelecer no artigo 5.º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sua eficácia é observada tanto com relação ao Estado, que deve promover providências visando assegurar este acesso por intermédio da estrutura de órgãos estatais destinados a este fim – conforme preconiza o artigo 5.º do CDC⁵⁵ –, quanto nas relações entre consumidores e fornecedores, ao impedir a celebração de ajuste que de qualquer modo impeça ou dificulte a realização deste direito subjetivo. Com este fundamento é que se reconhece a abusividade, e decreta a nulidade, das cláusulas de eleição de foro, ou seja, das cláusulas contratuais que elegem o foro competente para decidir sobre litígios decorrentes da relação de consumo, diferente do lugar de domicílio do consumidor.⁵⁶ Admite-se, neste sentido, inclusive a declinação de ofício da competência pelo juízo, para o do domicílio do consumidor.⁵⁷

ela comercializado, realiza prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável, tanto intolerável que encontra proibição expressa em lei. 12. Afastar, da espécie, o dano moral difuso, é fazer tabula rasa da proibição elencada no art. 39, I, do CDC e, por via reflexa, legitimar práticas comerciais que afrontem os mais basilares direitos do consumidor. 13. Recurso especial a que se nega provimento”. (STJ, REsp 1397870/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª Turma, j. 02.12.2014, DJe 10.12.2014).

54. Sobre o julgado, vejam-se os comentários de: BESSA, Leonardo. Dano moral coletivo e seu caráter punitivo. *Revista dos Tribunais*, v. 919, p. 515 e ss. São Paulo: RT, maio/2012.
55. Assim o artigo 5.º do CDC: “Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor”.
56. A rigor, a nulidade da cláusula de eleição de foro, quando esta determina o foro competente para julgar o litígio diferente do lugar de domicílio do consumidor decorre da aplicação do artigo 51, XV, que estabelece a abusividade das cláusulas que “estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor”, e o artigo 6.º, VI, que integra este sistema. Neste sentido, veja-se: “*Competência. Conflito. Foro de eleição. Código de Defesa do Consumidor. Banco. Contrato de abertura de crédito em conta especial*. O Código de Defesa do Consumidor orienta a fixação da competência segundo o interesse público e na esteira do que determinam os princípios constitucionais do acesso à justiça, do contraditório, ampla defesa e igualdade das partes. Prestadoras de serviços, as instituições financeiras sujeitam-se à orientação consumerista. É nula a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão quando gerar maior ônus para a parte hipossuficiente defender-se ou invocar a jurisdição, propondo a ação de consumo em local distante daquele em que reside. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2.ª Vara Cível da Comarca de Canoas” (STJ, CComp 32.868/SC, 2.ª Seção, j. 18.02.2002, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi).
57. Processual civil. Competência. Relação de consumo. Domicílio do consumidor. Declinação de ofício da competência. Possibilidade. Acórdão recorrido em consonância com jurisprudência do

Daí porque, em matéria contratual, qualquer cláusula que estabeleça limitação de exercício de direitos pelo consumidor, ou mesmo a renúncia antecipada destes direitos, excluindo da apreciação do Poder Judiciário eventual lesão a direito deve ser reconhecida como cláusula abusiva, sendo cominada sua nulidade.

Um problema concreto que se apresenta neste particular, diz respeito à possibilidade ou não de utilização da arbitragem nos conflitos de consumo. Em outros termos, se o estabelecimento de cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de consumo, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) é admitida sob o regime do CDC. Isto porque ao determinar o rol de cláusulas abusivas, o legislador apenas fez referência ao à abusividade das cláusulas que determinem a "utilização compulsória da arbitragem" (artigo 51, VII). Não há, portanto, referência quanto à cláusula compromissória e, mesmo, a realização da arbitragem de comum acordo entre o consumidor e o fornecedor. O argumento essencial contrário a esta possibilidade, sem dúvida, é a dificuldade de se assegurar o caráter de voluntariedade do consumidor ao convencionar a arbitragem, na medida em que sua decisão pode – como de resto se reconhece nos contratos de consumo – estar sendo conduzida pela necessidade de contratar ou decorrente de pressão exercida pelo fornecedor. Da mesma forma, assegurado o direito de acesso à justiça, reconhece-se esta possibilidade como direito de acesso ao Poder Judiciário, o que por si, prejudicaria o recurso à arbitragem (supondo-se que da existência de uma decisão arbitral contrária aos seus interesses, o consumidor poderia desde logo questioná-la judicialmente, limitando a efetividade do recurso à mesma).

Por outro lado, o entendimento que conduz à aceitação da arbitragem nos contratos de consumo sustenta-se basicamente em dois argumentos. Primeiro, a ausência de vedação expressa do CDC, que podendo fazê-lo, restringiu-se a proibir a hipótese de utilização compulsória de arbitragem (e não aquela que decorra do mútuo acordo das partes). No mesmo sentido, posição favorável à arbitragem rejeita a existência de incompatibilidade entre o direito de acesso à justiça e a arbitragem, inclusive em razão do entendimento do STF, pela constitucionalidade da Lei 9.307/96,⁵⁸ o que afastaria a configuração de lesão ao artigo 5.º, XXXV, da Constituição da República. Neste sentido, entende-se que o que se exclui é o conhecimento do juiz sobre a causa, mas não do acesso à jurisdição, que continuaria sendo realizada na figura do árbitro.⁵⁹

Em que pese os inegáveis benefícios decorrentes do uso da arbitragem, sobretudo em matéria de contratos empresariais (em especial, no que diz respeito ao conhecimento especializado do autor da decisão, a economia de tempo e a racionalidade da decisão), não nos parece adequada a utilização da arbitragem para resolução dos litígios de consumo. A tônica da proteção jurídica do consumidor diz respeito justamente à intervenção do Estado nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a limitar a autonomia das partes em vista da proteção do vulnerável. Neste sentido, a Constituição e o CDC impõem ao Estado uma série de deveres destinados a assegurar a efetividade dos direitos dos consumidores. E com relação aos seus direitos subjetivos, em geral se revestem de indisponibilidade, exatamente para resguardar

STJ. Súmula 83/STJ. O Tribunal de origem decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido de que, em se tratando de matéria de consumo, a competência é o domicílio do consumidor, podendo o juiz declinar, de ofício, de sua competência. Incidência da Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp 64.258/MS, 2.ª T., j. 25.09.2012, rel. Min. Humberto Martins, DJe 02.10.2012).

58. SE-Agr 5.206/EP, j. 12.12.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 30.04.2004, p. 29.

59. NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 580-581.

interesses legítimos reconhecidos por lei. A razão disto é justamente o estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor e, mesmo, a impossibilidade fática de realizar-se controle *a priori*, sobre o poder real do consumidor no estabelecimento do conteúdo e na direção da relação contratual de consumo. Ao admitir-se a possibilidade de recurso à arbitragem se estaria concluindo pela possibilidade do consumidor dispor e renunciar, ainda que implicitamente, o direito básico de acesso à justiça estabelecido por lei.

O CDC, entretanto, não veda expressamente a instituição de compromisso arbitral.⁶⁰ Conforme refere Nelson Nery Júnior, a interpretação *a contrario sensu* do artigo 51, VII, veda apenas a arbitragem compulsória. Não havendo compulsoriedade, mas expressa aceitação do consumidor, nada impede sua utilização.⁶¹ Neste sentido, aliás, seria possível sua articulação com o artigo 4.º, § 2.º, da Lei de Arbitragem, que estabelece: "Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula". Reafirmamos contudo, que a conclusão sobre a impossibilidade do recurso à arbitragem nos litígios de consumo decorrerá dos efeitos que se reconhecerem ao direito básico do consumidor de acesso à justiça, estabelecido no artigo 6.º, VII, do CDC.

1.10 DIREITO À FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS SEUS DIREITOS E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Em consequência da diretriz de efetividade da proteção dos consumidores, outro direito básico do consumidor de grande repercussão prática é o que estabelece o artigo 6.º, VIII, do CDC, ao assegurar "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".⁶²

60. Antônio Junqueira de Azevedo sustenta que enquanto a cláusula compromissória de fato se encontra vedada no sistema do CDC, por força do artigo 51, VII, o mesmo não se diz do compromisso arbitral, espécie de convenção das partes em que é possível decidir, inclusive por equidade, desde que "dentro do limite das normas cogentes do Código de Defesa do Consumidor". AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *A arbitragem e o direito do consumidor (Arbitration and consumer's rights)*. In: *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: RT, 2004. p. 235-245.

61. NERY JUNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*..., 8. ed., p. 581-582.

62. "Civil e processual. Ação de indenização. Acidente automobilístico. Vítima menor. Família de poucos recursos. Dano moral e pensão. Relação de consumo. Ônus da prova invertido. Tarifação pelo Código Brasileiro de Comunicações afastada. Hor.órários. Sucumbência recíproca. Não configuração. Súmula n. 326/STJ. I. Em famílias de baixa renda, considera a jurisprudência que a vítima, ainda que menor, iria, ao atingir a idade suficiente para o trabalho, colaborar com parte de seus rendimentos em prol da família. Assim, cabível a pensão. II. Nas relações de consumo, o consumidor é considerado vulnerável e, assim sendo, o ônus da prova deve ser invertido, com fulcro no artigo 6.º, VIII, do CDC, ficando a cargo do fornecedor do serviço demonstrar que não se trata de família de baixa renda. III. Pacífico o entendimento nesta Corte que o montante arbitrado a título de danos morais não se limita aos montantes previstos no Código Brasileiro de Telecomunicações. IV. Inaplicabilidade da regra do artigo 21 do CPC, porquanto, conforme Súmula n. 326/STJ: 'Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.' V. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 527.585/SP, 4.ª T., j. 23.06.2009, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 31.08.2009).

O direito à facilitação da defesa, apresenta-se, em termos processuais, pela possibilidade de inversão do ônus da prova no processo civil. As razões para seu reconhecimento é a dificuldade prática dos consumidores de demonstrar os elementos fáticos que suportam sua pretensão. Ora, na estrutura das relações de consumo, o domínio do conhecimento sobre o produto ou o serviço, ou ainda sobre o processo de produção e fornecimento dos mesmos no mercado ou de consumo é do fornecedor. Da mesma forma, não se pode desconhecer que a defesa judicial de interesses exige do titular da pretensão a disposição de recursos financeiros e técnicos para uma adequada demonstração da pertinência e procedência do seu interesse.

O legislador do CDC, neste sentido, consagrou a possibilidade de inversão do ônus da prova como o mais importante instrumento para facilitação dos direitos do consumidor em juízo, condicionada, todavia, à verificação pelo juiz da causa, alternativamente, da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança das alegações, a serem identificados em acordo com as regras ordinárias de experiência.

A primeira questão a ser enfrentada é o conceito de hipossuficiência. Não se deve confundir os significados de *hipossuficiência* e *vulnerabilidade*. Todos os consumidores são vulneráveis, em face do que dispõe o artigo 4.º, I, do CDC, constituindo-se a vulnerabilidade em princípio basilar do direito do consumidor. Já a hipossuficiência é uma circunstância concreta, não presumida *a priori*, de desigualdade com relação a contraparte, e que no processo se traduz pela falta de condições materiais de instruir adequadamente a defesa de sua pretensão, inclusive com a produção das provas necessárias para demonstração de suas razões no litígio. Em geral aponta-se a hipossuficiência como falta de condições econômicas para arcar com os custos do processo. Na maior parte dos casos é correto identificar na ausência de condições econômicas a causa da impossibilidade fática de realizar a prova e sustentar sua pretensão. Mas não é, certamente, a única causa. Considerando o modo como se desenvolvem as relações de consumo, a impossibilidade de o consumidor demonstrar suas razões pode se dar, simplesmente, pelo fato de que as provas a serem produzidas não se encontram em seu poder, mas sim com o fornecedor, a quem se resguarda o direito de não produzir provas contra seus próprios interesses.⁶³ Nesta situação, não se trata de causa econômica que impeça a produção da prova, mas impossibilidade fática decorrente da ausência de condições – inclusive técnicas⁶⁴ – de sua realização, em razão

63. "Direito Processual Civil. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Ocorrência de saques indevidos de numerário depositado em conta poupança. Inversão do ônus da prova. Artigo 6.º, VIII, do CDC. Possibilidade. Hipossuficiência técnica reconhecida. O artigo 6.º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil, ou quando constatada a sua hipossuficiência. Na hipótese, reconhecida a hipossuficiência técnica do consumidor, em ação que versa sobre a realização de saques não autorizados em contas bancárias, mostra-se imperiosa a inversão do ônus probatório. Diante da necessidade de permitir ao recorrido a produção de eventuais provas capazes de ilidir a pretensão indenizatória do consumidor, deverão ser remetidos os autos à instância inicial a fim de que oportunamente seja proferida uma nova sentença. Recurso especial provido para determinar a inversão do ônus da prova na espécie" (STJ, REsp 915.599/SP, 3.ª T., j. 21.08.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 05.09.2008).

64. "Direito Processual Civil e do Consumidor. Hipossuficiência técnica. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Danos morais. Valor. Revisão pelo STJ. Possibilidade, desde que irrisório ou exorbitante. 1. Ação indenizatória fundada na alegação de que, após submeter-se a tratamento bucal na clínica ré, o autor ficou sem os dois dentes superiores frontais e impossibilitado de utilizar prótese dentária. Evidencia-se a hipossuficiência técnica do autor frente à ré, na medida em que a relação de consumo deriva da prestação de serviços em odontologia, o desconhecimento do paciente acer-

da dinâmica das relações de consumo,⁶⁵ cujo poder de direção e o conhecimento especializado⁶⁶ pertencem, como regra, ao fornecedor.⁶⁷

Daí porque se reserva, no próprio texto da norma e na doutrina do direito do consumidor, a hipossuficiência como qualidade especial no processo, o que autoriza o juiz a proceder a in-

ca das minúcias dos procedimentos a serem realizados. A clínica, por sua vez, detém amplo domínio das técnicas ligadas à confecção de próteses, tanto que se dispôs a prestar serviços nessa área. 2. A hipossuficiência exigida pelo artigo 6.º, VIII, do CDC abrange aquela de natureza técnica. Dessa forma, questões atinentes à má utilização da prótese deveriam ter sido oportunamente suscitadas pela clínica. A despeito da sua expertise, não atuou, porém, de modo a evitar lacunas na perícia realizada, as quais tornaram o laudo inconcludente em relação à origem do defeito apresentado pela prótese dentária. 3. A revisão da condenação a título de danos morais somente é possível se o montante for irrisório ou exorbitante, fora dos padrões da razoabilidade. 4. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.178.105/SP, 3.ª T., j. 07.04.2011, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 25.04.2011).

65. Neste sentido sustenta José Rogério Cruz e Tucci, para quem a clássica regra da distribuição do ônus da prova, no âmbito das relações de consumo, poderia tornar-se injusta pelas dificuldades da prova de culpa do fornecedor, em razão da disparidade de armas com que conta o consumidor para enfrentar a parte mais bem informada" (TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do Consumidor e Processo Civil. Aspectos polêmicos. RT, v. 671, p. 33. São Paulo: RT, set. 1991).
66. "Administrativo. Processual Civil. Fraude no medidor de energia elétrica. Comprovação da autoria. Necessidade. Ônus da prova. 1. Recurso Especial em que se discute a possibilidade de responsabilização de consumidor de energia elétrica por débito de consumo, sem a comprovação inequívoca de sua autoria na fraude do medidor. 2. A empresa concessionária não tem direito à inversão do ônus da prova pelo Código de Defesa do Consumidor, porquanto não ostenta a qualidade de consumidor, mas de fornecedor do serviço. 3. *In casu*, constatou-se por prova técnica que o medidor encontrava-se fraudado, e contra isso não se insurgiu o consumidor. A empresa constituiu um título com o qual buscou pagar-se do preço, imputando, contudo, a autoria da fraude ao consumidor *sponte sua*. 4. Não se pode presumir que a autoria da fraude no medidor seja do consumidor em razão somente de considerá-lo depositário de tal aparelho e por este situar-se à margem de sua casa, como entendeu a Corte de origem. 5. A empresa concessionária, além de todos os dados estatísticos acerca do regular consumo, ainda dispõe de seu corpo funcional, que, mês a mês, verifica e inspeciona os equipamentos. Não é razoável que deixe transcorrer considerável lapso de tempo para, depois, pretender que o ônus da produção inverta-se em dano para o cidadão. 6. A inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor equivale a tornar objetiva sua responsabilidade, hipótese inaceitável nas relações de direito do consumidor, pois este se encontra em posição de inferioridade econômica em relação à concessionária. 7. A boa-fé no CDC é o princípio orientador das condutas sociais, estreitamente ligado ao princípio da razoabilidade, dele se deduzindo o comportamento em que as partes devem se pautar. Sob essa nova perspectiva contratual, não há espaço para presumir a má-fé do consumidor em fraudar o medidor. 8. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.135.661/RS, 2.ª T., j. 16.11.2010, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 04.02.2011).
67. "Direito processual civil. Ação de indenização. Saques sucessivos em conta corrente. Negativa de autoria do correntista. Inversão do ônus da prova. É plenamente viável a inversão do ônus da prova (artigo 333, II, do CPC) na ocorrência de saques indevidos de contas-correntes, competindo ao banco (réu da ação de indenização) o ônus de provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Incumbe ao banco demonstrar, por meios idôneos, a inexistência ou impossibilidade de fraude, tendo em vista a notoriedade do reconhecimento da possibilidade de violação do sistema eletrônico de saque por meio de cartão bancário e/ou senha. Se foi o cliente que retirou o dinheiro, compete ao banco estar munido de instrumentos tecnológicos seguros para provar de forma inegável tal ocorrência. Recurso especial parcialmente conhecido, mas não provido" (STJ, REsp 727.843/SP, 3.ª T., j. 15.12.2005, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 01.02.2006, p. 553).

versão do ônus da prova, configurando-se, assim, como espécie de um *plus* com relação à vulnerabilidade reconhecida em geral ao consumidor.⁶⁸

Neste sentido, a própria noção de *prova* merece ser examinada. Ao se referir ao procedimento de produção da prova judicial, provar é, antes de tudo, a atividade de demonstração de um fato ou circunstância de modo a promover o convencimento judicial da sua existência pretérita ou atual. Ou como propõe Humberto Theodoro Júnior, “é demonstrar de algum modo a certeza de um fato ou a veracidade de uma afirmação”,⁶⁹ ou de outro modo “conduzir o destinatário do ato (o juiz) a se convencer da verdade a cerca de um fato. Provar é conduzir a inteligência a descobrir a verdade”.⁷⁰

Em sentido semelhante propõe o processualista gaúcho Voltaire de Lima Moraes ao afirmar com estilo que “provar significa demonstrar que a afirmação que se faz a respeito de um fato assume a dimensão da inquestionabilidade, porque traz a marca da verdade e o selo da certeza”.⁷¹

A regra geral de distribuição do ônus da prova resta estabelecida no artigo 333 do CPC, nos seguintes termos: “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. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

O CDC, neste sentido, ao facultar a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, como efeito do seu direito de facilitação da defesa, o faz em benefício da diretriz de proteção que orienta suas normas.⁷² Note-se, portanto, neste particular, que a inversão do ônus da prova se produz, no sistema do CDC, exclusivamente em benefício do consumidor.⁷³ A causa para o estabelecimento da inversão, todavia, submete-se a critério do julgador, que avaliando a presença dos requisitos em questão, pode determinar a inversão.⁷⁴ Duas questões,

68. SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da Prova na Responsabilidade Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 40, p. 151. São Paulo: RT, out.-dez. 2001.

69. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 446.

70. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso...*, p. 385.

71. MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 31. São Paulo; RT, 1999. p. 64.

72. “Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório. Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio. Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica. Nesta hipótese está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1080719/MG, 3.ª T., j. 10.02.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 17.08.2009).

73. MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova..., p. 66.

74. “Consumidor. Inversão do ônus da prova. Súmula 7. Hospitais ou clínicas. CDC, artigo 14. Responsabilidade objetiva. A inversão do ônus da prova, condicionada à verossimilhança da alegação e à hipossuficiência do consumidor, ao critério do juiz, implica reexame de prova, inviabilizado pela Súmula 7. – A responsabilidade objetiva dos fornecedores de serviços não conduz diretamente à inversão

entretanto, merecem atenção neste tema. Primeiro, a exata dimensão dos poderes do juiz na decisão sobre a inversão ou não do ônus da prova. A rigor, do que se depreende de largo entendimento doutrinário e jurisprudencial, a decisão de inversão decorre de uma faculdade judicial de, presentes os pressupostos estabelecidos na norma do artigo 6.º, VIII, examinar a adequação ou não da medida.⁷⁵ A este respeito, vale mencionar o entendimento do STJ de que a possibilidade de inversão não significa atribuir ao fornecedor o ônus de provar fato que lhe é impossível demonstrar, diante das condições do consumidor de fazê-lo.⁷⁶ Diz-se, neste caso, que a decisão

do ônus da prova, que se submete aos ditames do Artigo 6.º, VII, do CDC" (STJ, REsp 195.031/RJ, 3.ª T., j. 27.09.2005, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 07.11.2005, p. 254).

75. "Responsabilidade civil. Cirurgião-dentista. Inversão do ônus da prova. Responsabilidade dos profissionais liberais. 1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a "responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa" (artigo 14, § 4.º). 2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (artigo 6.º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da "facilitação da defesa" dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias. 3. Recurso especial não conhecido" (STJ, 3.ª T., j. 04.06.1998, REsp 122.505/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 24.08.1998, p. 71).
76. "Civil e Processual. Recurso Especial. Indenização. Dano material. Anticoncepcional sem princípio ativo. Placebo. Gravidez não programada. Inversão do ônus da prova. Momento processual. Ausência de questionamento (súmulas 282 e 356 do STF). Comprovação do nexo causal. Ausência. Precedente. I. A discussão acerca do momento da aplicação do instituto da inversão do ônus da prova não foi objeto de manifestação específica pelo tribunal de origem, pelo que restou ausente o questionamento (Súmulas 282 e 356 do STF). II. Consoante jurisprudência desta Corte Superior 'ainda que se trate de relação regida pelo CDC, não se concebe inverter-se o ônus da prova para, retirando tal incumbência de quem poderia fazê-lo mais facilmente, atribuí-la a quem, por impossibilidade lógica e natural, não o conseguiria. Assim, diante da não comprovação da ingestão dos aludidos placebos pela autora - quando lhe era, em tese, possível provar -, bem como levando em conta a inviabilidade de a ré produzir prova impossível, a celeuma deve se resolver com a improcedência do pedido' (REsp 720930/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 09.11.2009). III. Indemonstrado o nexo de causalidade, com a comprovação da utilização de pílulas oriundas dos lotes de placebo indevidamente enviados ao mercado, incabível a indenização. IV. Recurso especial conhecido e provido para se restabelecer o acórdão que julgou improcedente o pedido inicial" (STJ, REsp 844.969/MG, 4.ª T., j. 19.10.2010, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 11.11.2010). No mesmo sentido, a decisão que uniformizou o entendimento do STJ nas ações que reclamam diferenças de critérios na remuneração da caderneta de poupança, de que é o banco quem tem o ônus de apresentar os extratos bancários relativos ao período reclamado pelo consumidor, cabendo a este apresentar indícios mínimos capazes de comprovar a existência da contratação, assim como especificar os períodos cujos extratos pretenda ver exibidos. Neste sentido referiu o acórdão em questão que "é cabível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor para o fim de determinar às instituições financeiras a exibição de extratos bancários, enquanto não estiver prescrita a eventual ação sobre eles, tratando-se de obrigação decorrente de lei e de integração contratual compulsória, não sujeita à recusa ou condicionantes, tais como o adiantamento dos custos da operação pelo correntista e a prévia recusa administrativa da instituição financeira em exibir os documentos, com a ressalva de que ao correntista, autor da ação, incumbe a demonstração da plausibilidade da relação jurídica alegada, com indícios mínimos capazes de comprovar a existência da contratação, devendo, ainda, especificar, de modo preciso, os períodos em que pretenda ver exibidos os extratos" (STJ, REsp 1.133.872/PB, 2.ª Seção., j. 12.12.2011, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 28.03.2012).

seria *ope judicis*, ou seja, dependente de um convencimento judicial sobre a adequação da medida.⁷⁷ Oportunidade de convencimento judicial esta, que terá lugar apenas quando presentes um dos requisitos estabelecidos pela norma (hipossuficiência ou verossimilhança). Esta faculdade judicial estaria situada, portanto, no que se reconhecem como novos poderes instrutórios do juiz, estabelecidos pelo CDC.⁷⁸

Um segundo entendimento, contudo, faz uma exegese mais restrita acerca dos poderes reconhecidos ao juiz em face do artigo 6.º, VIII, do CDC. No caso, sustenta-se que aquilo que se submete ao critério do juiz não seria a decisão de inverter ou não o ônus da prova, conforme facultado pela norma. Ao contrário, defende-se que esta faculdade de escolha do juiz não exista, uma vez que a norma em questão, ao fazer referência ao critério do juiz, estaria conferindo-lhe poder para promover o reconhecimento, no caso concreto, da presença de um dos requisitos que determinam a inversão. Uma vez identificada, no caso, a presença de hipossuficiência do consumidor, ou da verossimilhança das suas alegações, a consequência necessária seria a decisão pela inversão do ônus da prova. Ou seja, a decisão por inverter ou não o ônus não se coloca sob a discricionariedade judicial, mas apenas o reconhecimento no caso em exame, da presença ou não dos requisitos que ensejam a inversão. Uma vez identificados, existiria de parte do juiz um dever de inverter o ônus da prova em favor do consumidor. É o que se denomina de inversão *ope legis*, ou seja, decorrente de determinação legal.⁷⁹

Permanece existindo, todavia, em ambos os entendimentos discordantes (*ope judicis* e *ope legis*), a necessidade de caracterização, a partir do convencimento judicial sobre a presença, na hipótese de inversão do ônus da prova, de pelo menos um dos requisitos referido na norma do artigo 6.º, VIII: *hipossuficiência* ou *verossimilhança*. No primeiro caso, já afirmamos que a hipossuficiência do consumidor consiste na falta de condições fáticas, no processo, de realizar a dilação probatória adequada à defesa dos seus direitos e interesses. Já a verossimilhança se estabelece a partir de um critério de probabilidade, segundo os argumentos trazidos ao conhecimento do juiz, de que uma dada situação relatada tenha se dado de modo igual ou bastante semelhante ao conteúdo do relato. Ou como propõe Antônio Gidi, *verossímil é o que tem aparência de verdade, o provável, que deste modo não contrarie a norma jurídica, fatos notórios, ou regras de experiência comum*.⁸⁰

Uma questão bastante discutida, contudo, diz respeito ao *momento processual* em que deve ser prolatada a decisão judicial que defere ou não a inversão do ônus da prova em favor do con-

77. Conforme sustenta Voltaire Lima Moraes, “não se trata de inversão legal, pois não decorre de imposição ditada pela própria lei, mas sim fica submetida ao crivo judicial. Caberá assim ao juiz dizer se é caso de inversão ou não do ônus da prova, uma vez analisada a ocorrência ou não desses pressupostos”. MORAES. Anotações sobre o ônus da prova..., p. 66-67.

78. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, 2. ed., p. 974.

79. Neste sentido sustenta Antônio Gidi: “O que fica a ‘critério do juiz’ (*rectius*, a partir do seu livre convencimento motivado) é a tarefa de aferir, no caso concreto levado à sua presença, se o consumidor é hipossuficiente e se a sua versão é verossímil. Apenas até aí vai a sua esfera de poder de decisão. Uma vez que o magistrado reconhece a ocorrência desses dois pressupostos no caso concreto, não mais lhe cabe decidir ‘a seu critério’ se inverterá o ônus da prova ou não” (GIDI, Antônio. Aspectos da Inversão do Ônus da Prova no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 13. São Paulo: RT, jan.-mar., 1995, p. 36). No mesmo sentido: MARTINS, Plínio Lacerda. A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo Ministério Público em defesa dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 31, p. 75. São Paulo: RT, jul.-set. 1999.

80. GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova.... p. 35.

sumidor. Basicamente, são três os momentos processuais em que esta pode se estabelecer: a) primeiro, no início do processo, quando há a citação do fornecedor-réu, em que o juiz já dará conhecimento sobre sua decisão de inverter ou não o ônus da prova no caso; b) segundo, no momento do saneamento do processo, por intermédio de despacho judicial que, ao especificar provas, dá conhecimento às partes sobre sua decisão quanto à inversão; e c) terceiro, no momento da sentença, na qual o juiz adotando-a como regra de julgamento, inverte ou não o ônus da prova, e com apoio nesta decisão, julga definitivamente a ação.

Para cada um dos três entendimentos esposados colecionam-se argumentos em contrário. A decisão já no momento inicial do processo, dando ciência ao réu no momento da citação, evoca críticas como a de que haveria julgamento antecipado da causa, mesmo antes de ter conhecimento das razões do fornecedor réu. A decisão de inversão como regra de julgamento, realizada no momento da sentença terminativa do feito, enfrenta, igualmente, a crítica bastante contundente sobre a violação das garantias processuais do fornecedor, na medida em que não lhe daria a oportunidade de uma defesa adequada, considerando que a decisão sobre a inversão – e, logo, sobre a necessidade de produção de provas pelo fornecedor – só se daria quando não existisse mais a possibilidade de fazê-lo.⁸¹

A par disso há quem sustente soluções intermediárias, como a de que o juiz não realize a inversão desde logo, mas que alerte às partes sobre a possibilidade de fazê-lo na sentença. A nosso ver, contudo, não são autenticamente soluções para a questão, uma vez que ao mesmo tempo em que criam certa confusão processual para as partes – que permanecem sob a indefinição acerca da inversão ou não do ônus da prova no caso – não evitam, em absoluto, as críticas sobre o momento da inversão, que segue sendo o da sentença.

Nosso entendimento é de que o momento processual adequado para a decisão sobre a inversão do ônus da prova, com a respectiva ciência das partes, é a fase de saneamento do processo.⁸²

81. Este entendimento, contudo, mereceu crítica da jurisprudência do STJ que reconheceu o cabimento da decisão sobre a inversão no momento da sentença: “Recurso Especial. Direito do Consumidor. Inversão do ônus da prova. Momento. Sentença. Possibilidade. Regra de julgamento. Ofensa ao princípio do contraditório. Inexistência. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juiz inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo. 2. O Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional. 3. As partes, no Processo Civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam. 4. O processo não pode consubstanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil. 5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência. 6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesma. Cada parte deve produzir todas as provas favorável de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença. 7. Recurso especial conhecido e improvido” (STJ, REsp 1.125.621/MG, 3.ª T., j. 19.08.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 07.02.2011).

82. No mesmo sentido: “Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade por vício no produto (artigo 18 do CDC). Ônus da prova. Inversão ‘ope judicis’ (artigo 6.º, VIII, do CDC). Momento da inversão.

Tal procedimento, em primeiro lugar, evitaria tomar as partes de surpresa,⁸³ permitindo ao fornecedor, na hipótese de deferimento da inversão do ônus, a possibilidade de produzir provas que corroborem sua tese na fase seguinte, de instrução do feito. Trata-se, neste particular, de assegurar as garantias processuais da ampla defesa e do contraditório.⁸⁴ É certo, todavia, que em certos casos, nos quais a fixação dos aspectos controvertidos da demanda já tenham sido estabelecidos pelo juiz, em vista das características do objeto do litígio, ou mesmo em razão do desenvolvimento do processo e demonstração dos fatos, possa entender-se pela possibilidade de inversão do ônus da prova apenas no momento da sentença, o que, entretanto, não afasta os óbices já mencionados com relação a este entendimento.

Note-se que o direito do consumidor à facilitação da defesa dos seus direitos e à inversão do ônus da prova, tem sua eficácia vinculada ao reconhecimento de novos poderes instrutórios do juiz, com o objetivo de ampliação da tutela processual do consumidor e da efetividade desta tutela em acordo com regras que permitam a defesa adequada de seus direitos.

1.11 DIREITO À PRESTAÇÃO ADEQUADA E EFICAZ DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Outro direito básico do consumidor, assegurado pelo artigo 6.º, X, é “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”. Como tivemos oportunidade de registrar, as normas relativas à proteção do consumidor não se aplicam a todos os serviços públicos, mas apenas àqueles que se caracterizam como relações de consumo. Neste sentido, são considerados os denominados serviços públicos *uti singuli*, ou seja, aqueles que são prestados e fruídos de modo individualizado e mensurável pelos cidadãos, razão pela qual sua remuneração também obedece esta lógica de individualização, proporcional à utilização.

Preferencialmente na fase de saneamento do processo. A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('*ope legis*'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (artigos 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('*ope iudicis*'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (artigo 18 do CDC). Inteligência das regras dos artigos 12, § 3.º, II, e 14, § 3.º, I, e 6.º, VIII, do CDC. A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina. Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão '*ope iudicis*' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do artigo 262, § 1.º, do Projeto de Código de Processo Civil. A inversão '*ope iudicis*' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas. Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte. Recurso especial desprovido" (REsp 802.832/MG, 2.ª Seção, j. 13.04.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 21.09.2011).

83. Assim sustentam, na doutrina: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 335; MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*, v. 86, p. 307. São Paulo: RT, 1997.
84. Neste sentido, refere-se o entendimento do STJ, indicando que a inversão do ônus da prova não estabelece presunção absoluta, nem obriga que responda o fornecedor pela conservação da coisa até que seja feita a perícia, de modo que perdendo as condições para que seja feita o exame em questão, e estando a coisa de posse do consumidor, não venha a sofrer o fornecedor a presunção de verossimilhança das alegações (STJ, AgRg no AREsp 236.279/SC, 3.ª T., j. 27.11.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 11.12.2012).

Entretanto, a consagração do direito básico à prestação adequada e eficaz dos serviços em questão não é menos importante. Sobretudo se considerarmos, a partir da exegese da norma, o que se deva considerar como prestação adequada e eficaz. A correta interpretação do dispositivo deve ser realizada de modo articulado com outras disposições do CDC. Quais sejam, o estabelecido no artigo 22, que estabelece deveres específicos aos prestadores de serviços públicos, e as regras sobre vício do serviço, onde se identificam com precisão, o que se deva entender por *serviço adequado*.

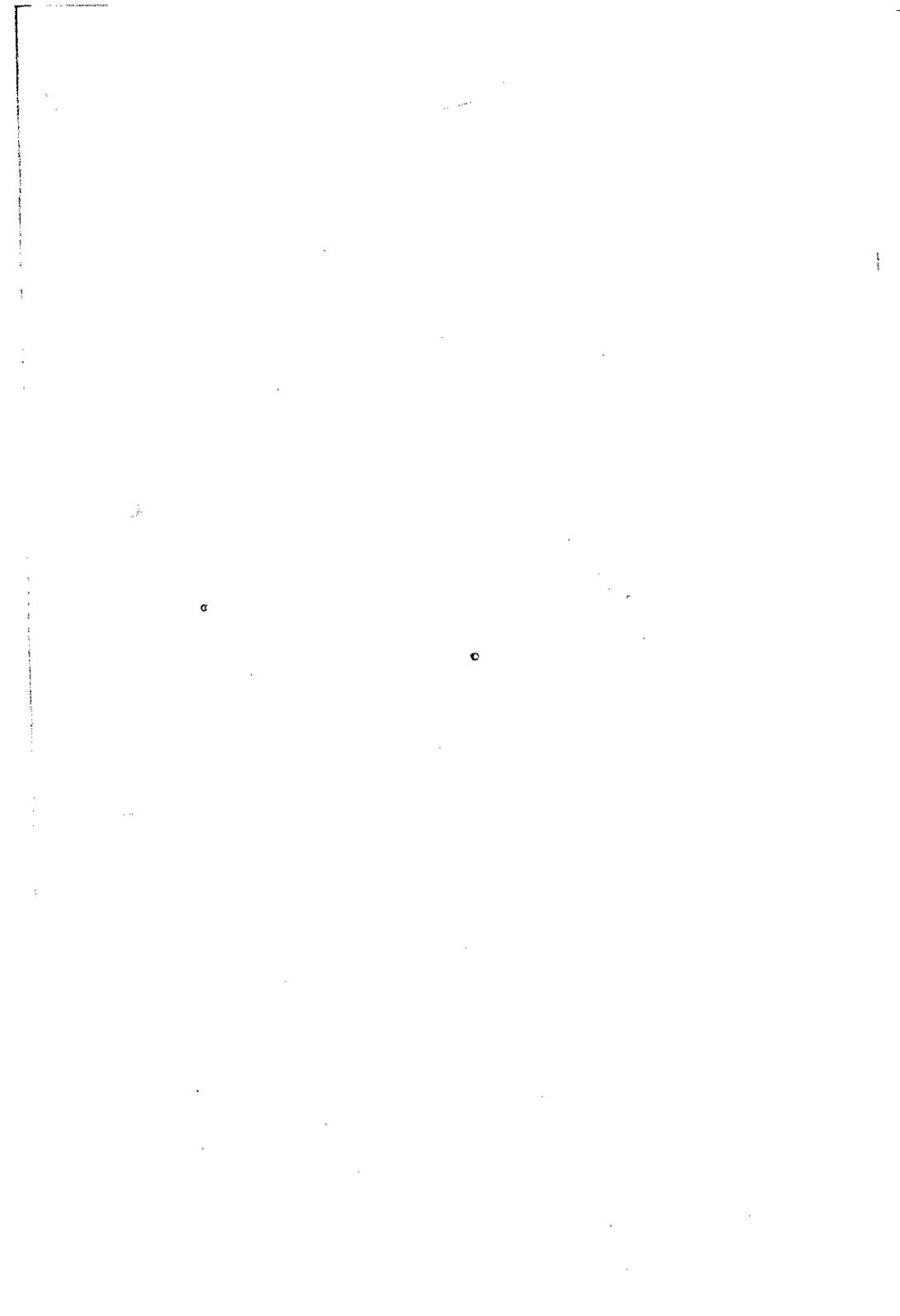
O artigo 22 do CDC refere: "Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código". Da mesma forma, a noção do que seja adequação resta indicado quando o produto ou serviço serve aos fins que legitimamente dele se esperam.

No que diz respeito aos serviços públicos, observa-se compreendido no direito básico do consumidor à adequada e eficaz prestação do serviço, que o mesmo não seja descontinuo. que sirva aos fins estabelecidos, assim como, admitindo-se a interação da legislação de proteção do consumidor com a legislação pertinente aos serviços públicos (em especial a Lei 8.987/95 - Lei de Concessões e Permissões dos Serviços Públicos), que observe a modicidade tarifária.

A eficácia deste direito básico do consumidor vincula-se igualmente ao dever de continuidade do serviço estabelecido pelos CDC para os serviços essenciais, mas que deve ser reconhecido como condição de adequação aos serviços públicos em geral. Neste aspecto, duas as questões centrais sobre a exata precisão conceitual deste dever de continuidade. Primeiro, a tão discutida descaracterização do dever de continuidade, da interrupção de fornecimento por falta de pagamento pelo consumidor, previsto no artigo 6.º, § 3.º, da Lei de Concessões e Permissões dos Serviços Públicos, sobre o que já tivemos oportunidade de tratar no item 5.4.3 da I Parte desta obra, e cuja solução passa necessariamente pela ponderação dos interesses em conflito.

Aqui nos interessa de modo mais específico a violação do dever de continuidade, excluída a hipótese de inadimplemento do consumidor, como modo de desrespeito, pelo fornecedor, do direito básico do consumidor à prestação adequada e eficaz dos serviços públicos. A questão não se apresenta, por certo, exclusivamente em relação à prestação de serviços públicos. Entretanto em relação a alguns deles terá grande repercussão em nossa prática atual. Trata-se das situações nas quais, em decorrência de intermitências na prestação do serviço, sua fruição pelo consumidor torna-se imprópria aos fins a que se destinam, não se podendo muitas vezes confiar que o serviço estará à disposição em um determinado momento esperado, ou em certas circunstâncias. É o caso, por exemplo, dos serviços de telecomunicações, ou por vezes os de energia elétrica, cujas interrupções e retorno da prestação dos serviços, ou ainda situações nas quais, de modo injustificado, o serviço se encontra "indisponível" (o que atualmente se verifica de modo frequente em relação aos serviços de telefonia), afeta a confiança do consumidor na correta prestação do serviço, descumprindo de modo flagrante o dever de adequação ao qual corresponde o direito básico à prestação adequada e eficaz.

A consequência da violação do direito básico do consumidor à prestação adequada e eficaz dos serviços públicos, neste sentido, resulta no direito do consumidor de ser indenizado por eventuais prejuízos daí decorrentes, assim como - em face do descumprimento da obrigação - a possibilidade de abatimento no preço se for de seu interesse, a possibilidade de desfazimento do contrato (resolução por inadimplemento) e o pedido de restituição dos valores pagos.



A PROTEÇÃO CONTRATUAL DO CONSUMIDOR

2

SUMÁRIO: 2.1 A nova teoria contratual e o direito do consumidor: 2.1.1 A autonomia privada e o contrato de consumo; 2.1.2 Nova visão da relação contratual: o processo obrigacional; 2.1.3 A proteção da confiança nos contratos de consumo – 2.2 A formação do contrato de consumo: 2.2.1 A oferta de consumo e sua eficácia vinculante; 2.2.2 O regime jurídico da publicidade; 2.2.3 Eficácia do direito subjetivo à informação do consumidor; 2.2.4 Efeitos do descumprimento da oferta pelo fornecedor – 2.3 Execução do contrato de consumo: 2.3.1 Proteção do consumidor contra práticas abusivas; 2.3.2 Proteção do consumidor e cobrança de dívidas; 2.3.3 Bancos de dados e cadastros de consumidores; 2.3.4 O regime das cláusulas abusivas nos contratos de consumo; 2.3.5 Interpretação dos contratos de consumo – 2.4 Extinção do contrato de consumo e seus efeitos: 2.4.1 Direito de arrependimento do consumidor; 2.4.2 Adimplemento contratual; 2.4.3 Inadimplemento contratual e direito à resolução; 2.4.4 Extinção do contrato e eficácia pós-contratual – 2.5 As várias espécies de contratos de consumo: 2.5.1 Compra e venda de consumo; 2.5.2 Contratos imobiliários; 2.5.3 Contratos bancários e financeiros; 2.5.4 Contratos de planos de assistência e seguro de saúde; 2.5.5 Contratos de seguro; 2.5.6 Contratos de consórcio; 2.5.7 Contratos de previdência complementar privada; 2.5.8 Contratos de transporte; 2.5.9 Contratos de serviços turísticos; 2.5.10 Contratos de hospedagem; 2.5.11 Contratos de serviços educacionais; 2.5.12. Contratos de serviços de telecomunicação; 2.5.13 Contratos celebrados pela internet.

Dentre os diversos vetores da proteção do consumidor estabelecidos pela legislação e desenvolvidos pela jurisprudência a partir da promulgação do CDC, a regulação jurídica do contrato de consumo é aquela que assume papel preponderante. E isto em razão da própria realidade do consumo e da relação de consumo típica, que se desenvolve basicamente a partir de um contrato entre consumidor e fornecedor para aquisição de produtos ou a prestação de serviços. O chamado *ato de consumir*, neste sentido, em geral se traduz juridicamente em um *contrato de consumo*, estabelecido entre consumidor e fornecedor, com vista à realização do interesse de cada uma das partes – pelo do consumidor, visando à obtenção do bem da vida (produto ou serviço) desejado; pelo fornecedor, a remuneração decorrente da contratação.

Daí porque a disciplina dos contratos de consumo assume papel principal na regulação jurídica das relações de consumo em vista da proteção do consumidor. Ocorre, contudo, que a exata compreensão jurídica dos contratos de consumo exige que se identifiquem as novas premissas da teoria geral dos contratos, a partir da superação dos seus paradigmas clássicos, como

o caráter absoluto do princípio da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*. No direito brasileiro, a exemplo do que ocorreu em outros sistemas jurídicos,¹ a chamada *renovação da teoria contratual*² se deu especialmente a partir da vigência do CDC, sua principiologia e compreensão das novas condicionantes do fenômeno contratual. Embora fosse lei especial relativa a uma espécie de contrato – o contrato de consumo –, por conta da falta de atualidade da legislação do direito civil brasileiro, o direito do consumidor converteu-se, na primeira década de sua vigência, no principal veículo de renovação do direito contratual brasileiro, sobretudo em face da rica interpretação e aplicação jurisprudencial dos seus preceitos.

A promulgação e vigência de um novo Código Civil, em 2002, que incorporou diversas inovações já determinadas no CDC, parece apontar para uma tendência de maior especialização deste último às relações propriamente de consumo, reafirmando o princípio sua vocação expansionista, presente na primeira década de sua vigência. Todavia, é inegável a profunda influência que as normas de proteção do CDC possuem em relação ao direito civil comum, especialmente em matéria de contratos, a ponto de não se poder, atualmente, referir ao direito dos contratos, sem um pormenorizado exame da disciplina dos contratos de consumo. A razão para tanto, explicita Antonio Herman Benjamin em sua apresentação da obra de Claudia Lima Marques, ao provocar: “(...) não seria pretensioso desejar, através do estudo da posição jurídica do consumidor, reformar toda a teoria dos contratos? A resposta é bem simples: sem consumidor não há sociedade de consumo, sem esta não há mercado e sem mercado não há contratação massificada. Assim, estudar e regular o *status* contratual do consumidor é, em último caso, afetar a grande maioria dos contratos firmados no cotidiano do mercado”.³

Houve quem decretasse, com base na crescente intervenção do Estado e do Direito na autonomia da vontade das partes contratantes, a *morte do contrato*.⁴ Todavia, como bem demonstra Claudia Lima Marques, no esteio das lições de Nicole Chardin, a regulação de uma nova disciplina para os contratos, em especial para os contratos de consumo representa a afirmação de uma nova espécie da autonomia em matéria contratual, a *autonomia racional*.⁵ A autonomia da vontade, como princípio, resta bastante modificada em face das alterações atuais sobre a forma e o conteúdo dos contratos. Daí porque, atualmente passe a se considerar a existência de uma autonomia da vontade reconstruída, fundada em uma autonomia racional em conformação com outros princípios contratuais.⁶ Neste sentido, a autonomia da vontade, nos contratos, preconizada e – de certo modo – assegurada pelo CDC – é antes de tudo um exercí-

1. Para um exame da influência do direito do consumidor sobre o direito privado francês, em especial em matéria de contratos, veja-se: SOUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation*, p. 35 et seq.
2. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, 4. ed., p. 222; TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo...*, p. 209-210.
3. BENJAMIN, Antonio Herman. Prefácio a: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, 4. ed., p. 8-9. Em sentido semelhante, apontando a necessidade de articulação entre os princípios do microsistema do direito do consumidor e os princípios constitucionais: TEPEDINO, Gustavo. *As relações de consumo e a nova teoria contratual*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 199-215.
4. Neste sentido, o conhecido trabalho de GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1992. p. 61 et seq. O original da obra é de 1974.
5. Neste sentido Claudia Lima Marques, em sua já clássica obra sobre contratos de consumo (MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 169), fazendo menção à tese sustentada na França por: CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988. p. 216.
6. CHARDIN. *Le contrat de consommation de crédit...*, p. 222.

cio de razão, em face da opção de celebrar ou não o contrato, como igualmente de ter a adequada e plena informação sobre todas as questões relativas ao mesmo, desde seus pressupostos, riscos da contratação, assim como uma maior proteção quanto à execução de seus termos.

O CDC, portanto, representa um novo regime das relações contratuais, porquanto ao lado dos princípios clássicos do direito dos contratos, como a liberdade contratual, a força obrigatória do vínculo por força da vontade (*pacta sunt servanda*) e o princípio liberal que estabelece na vontade dos contratantes a única fonte de obrigatoriedade, e rejeita qualquer espécie de intervenção estatal, surge uma nova concepção social, principiológica e renovada do fenômeno contratual, sustentada na proteção dos interesses úteis e legítimos dos contratantes. Admitem-se, então, novas realidades a serem reguladas (como os contratos de massa, e os contratos de adesão), e, sobretudo, a necessidade de intervenção do Estado nas relações até então confiadas ao exclusivo arbítrio dos particulares, para efeito de proteção de interesses reconhecidamente legítimos, mas que pelas circunstâncias de atuação de mercado, são prejudicados em relação a interesses de contratantes potencialmente mais fortes, necessitando de apoio com vista à promoção do seu equilíbrio.

A nova realidade da prática contratual, neste sentido, passa a ser substancialmente distinta daquela que inspirou a formatação dos princípios e regras clássicas do direito contratual. Sobretudo a evolução tecnológica e científica dos séculos XIX e XX, assim como o *boom* populacional, o reconhecimento de novas formas de contratar, e o surgimento de novos bens e interesses considerados relevantes para efeito da realização de contratos (pense-se, por exemplo, na importância econômica atual da prestação de serviços),⁷ determinam a necessidade da formatação e reconhecimento de novos princípios e regras para as relações contratuais. Esta renovação do direito contratual se dá prioritariamente no direito do consumidor, embora a ele não se tenha confinado, estendendo-se por todo o direito privado.

2.1 A NOVA TEORIA CONTRATUAL E O DIREITO DO CONSUMIDOR

A renovação da teoria contratual, que dá causa ao surgimento de uma nova teoria contratual no direito contemporâneo, tem sua razão de ser na profunda transformação da realidade econômica e social do mundo nos últimos séculos. A noção de contrato como espécie de ato formal cujo conteúdo é precisamente determinado pela vontade humana livre e consciente das partes contratantes, e que por essa razão é vinculativa destas partes, assim como devendo ser respeitado por todos os terceiros não participantes do vínculo, decorre basicamente dos pressupostos teóricos e dogmáticos estabelecidos a partir da escola jurídica do jusracionalismo nos séculos XVII e XVIII.⁸ A larga influência do racionalismo jurídico nesta época, para a formação

7. MARQUES, Claudia Lima, Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 35, p. 61-96.

8. Em direito romano, embora fossem reconhecidas diversas espécies de contratos, consolidando-se a expressão *contractus* para designação da espécie mais importante de contratos obrigacionais, não se deu a estes um conceito técnico nem um desenvolvimento doutrinário maior. Assim: KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 60-61. Não se desconhece, todavia, o reconhecimento da autonomia da vontade, ainda que não em sua expressão moderna, já na denominada *lex provata romana*, a partir do princípio *uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (quando alguém celebra conforme foi expresso em palavras, assim é direito). Conforme: AMARAL, Francisco. A autonomia privada como poder

do direito legislado por intermédio das codificações oitocentistas, coloca a decisão decorrente da vontade humana, a base do acordo ou consenso entre as partes, como fundamento de toda a autoridade legítima entre os homens.⁹ Neste sentido, o parâmetro de regularidade e de justiça restava configurado na figura do contrato, em acordo com a célebre frase de Fouillé, "qui dit contractuel, dit juste" ("quem diz contratual, diz justo").

O direito natural racionalista dos séculos XVII e XVIII, então, conformará a base teórico-dogmática por meio da qual se estabelecerá o princípio do consensualismo e do *pacta sunt servanda*. Neste sentido, cabe considerar a contribuição, dentre outros juristas, de Grotius, considerado o principal nome desta escola de pensamento jurídico, que ao reconhecer a capacidade de juízo como pressuposto do caráter vinculativo da promessa,¹⁰ lança as bases do direito contratual moderno. De se dizer igualmente, que já neste momento, a partir da obra de Grotius, outras construções que futuramente serão adotadas pela teoria dos contratos são reconhecidas, sendo, entretanto, abandonadas temporariamente no século XIX e parte do século XX, como é o caso da responsabilidade pela confiança e a noção de justiça contratual, embasada na noção de equilíbrio contratual, esta última decorrente da tradição aristotélico-tomista, prevendo espécie de justiça contratual interna a partir da noção de equivalência das prestações.¹¹ Todavia, o espírito liberal e individualista que segue ao fenômeno das grandes codificações oitocentistas, coloca em destaque apenas o princípio da autonomia da vontade como corolário do sistema de vínculo e responsabilidade contratual, uma vez que o direito torna-se terá por orígem principal a decisão originária da autonomia pessoal de cada indivíduo.¹²

Tal entendimento será consagrado, então, no artigo 1.197 do Código Civil francês, o *Code Napoléon*, de 1804, ao estabelecer que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" ("os contratos legalmente formados têm força de lei para aqueles que o celebraram"). Daí surge a noção da liberdade ou autonomia contratual, a qual pode ser observada em dois sentidos, um positivo, outro negativo. Em sentido positivo, significa que as partes podem, com um ato de sua vontade, constituir, regular ou extinguir relações jurídicas patrimoniais. Em sentido negativo, de que ninguém pode ser privado de seus próprios bens ou ser constrangido a executar prestações a favor de outros de modo contrário ou independente da própria vontade.¹³

Entretanto, este caráter absoluto da vontade como definidora dos efeitos jurídicos e do vínculo entre os contratantes sofrerá reveses decorrentes das transformações sociais, políticas e econômicas de meados do século XIX e, sobretudo, durante o século XX. Cumpre notar, que

jurídico. *Estudos jurídicos em homenagem a Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 291.

9. A expressão é de Jean Jacques Rousseau, em seu *Contrato social*, citado por ALTERINI, Atílio A.; CABANA, Roberto M. López. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989, p. 9.
10. WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. Antônio Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 332-333. No mesmo sentido, a necessidade do cumprimento das promessas é a terceira lei natural identificada por Hobbes em seu *Leviathan*. Neste sentido: VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 732.
11. WIEACKER. *História do direito privado moderno*, p. 333-334.
12. VILLEY, Michel. *Essor et déclin du volontarisme juridique. Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Dalloz, Paris, 1962, p. 277.
13. GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Trad. Blaco Gascó e Lorenzo Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p.65-67.

tanto o surgimento de ideologias políticas com visão profundamente crítica sobre os valores burgueses dominantes, tais como a noção de igualdade natural de todos os homens, sobre a qual se assentava o direito privado, e em especial o direito dos contratos, estimularam o surgimento de uma visão mais social do direito, embora restrita, em um primeiro momento, aos meios acadêmicos.¹⁴ Da mesma forma, com o início do século XX e o advento da I Guerra Mundial, as circunstâncias extraordinárias que dela decorreram assinalaram as deficiências do reconhecimento absoluto da força obrigatória dos contratos. Até este momento, e considerando a lógica que presidia o contrato e sua exigibilidade, o não cumprimento dos termos ajustados só era admitido quando reconhecido um defeito na formação válida do vínculo, como era o caso dos vícios de consentimento (em que a vontade formadora do contrato não era emitida de modo livre e consciente pelo seu autor), ou quando a declaração de vontade extrapolava os limites da lei. Da mesma forma, em termos de reconhecimento do conteúdo do contrato, grande debate se estabeleceu sobre o critério que se devia levar em consideração, surgindo a concorrência, ainda no século XIX, entre os partidários da teoria da vontade interna (*Willentheorie*, sustentada por Savigny) e da teoria da declaração (*Erklärungstheorie*).¹⁵ Não havendo nenhuma das restritas hipóteses nas quais o direito admitia que não houvesse a vinculação das partes, a regra era da necessidade de cumprimento do contrato, independente de um exame sobre a existência de desequilíbrio das prestações, ou sua abusividade.

Daí porque a primeira oportunidade em que se vai admitir a possibilidade de uma certa flexibilização do vínculo contratual é quando, após a eclosão da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), por conta de circunstâncias novas, causadas mediata ou imediatamente pelo conflito, os contratos celebrados anteriormente têm sua execução agravada ou mesmo inviabilizada por uma das partes. Nestas circunstâncias, as cortes francesas vão admitir, na hipótese do advento de fatos imprevisíveis para as partes que dessem causa a uma excessiva desproporção das prestações, a revisão do contrato originariamente celebrado, de modo a promover seu reequilíbrio.¹⁶ O surgimento da teoria da imprevisão, bem como a admissão da necessidade de limitação dos direitos subjetivos (teoria do abuso do direito, limitações ao exercício do direito de propriedade), dão causa a uma primeira reflexão sobre o caráter vinculativo da manifestação de vontade, e a necessidade de que seus efeitos estejam adequados a certos padrões de moralidade,¹⁷ equidade,¹⁸ e de justiça. Neste sentido, aliás, vai orientar-se o desenvolvimento, anos depois,

14. Neste sentido, a famosa conferência do jurista alemão Otto von Gierke, no princípio do século, intitulada "Função social do direito privado", na qual foram traçadas várias das linhas de argumentação em favor da função social, que posteriormente viabilizaram sua incorporação ao direito positivo, explícita ou implicitamente. GIERKE, Otto von. *La función social del derecho privado*. Trad. José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedade Española, 1904.

15. Veja-se a respeito: FERRER CORREIA, A. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 58 et seq.

16. Para um relato dos casos em direito comparado, tanto no direito francês, quanto os chamados *Coronation cases*, no direito inglês, relativo ao aluguel de locais para que as pessoas assistissem às festividades de coroação do Rei Eduardo VII, que acabou não ocorrendo por doença do monarca, ensejando então litígios sobre a possibilidade ou não de resolução do contrato por fato superveniente, veja-se o relato de: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991. p. 160-161.

17. Assim: RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 203 et seq.

18. Veja-se a interessante proposição da tese de Cristophe Albiges, sobre utilização da equidade no desenvolvimento do princípio da vedação do enriquecimento sem causa no direito privado: ALBIGES, Cristophe. *De l'équité en droit privé*. Paris: LGDJ, 2000. p. 41 et seq.

no direito alemão, da teoria da quebra da base do negócio jurídico,¹⁹ acentuando a necessidade de equilíbrio do interesse legítimo das partes no contrato.

Mas a grande transformação do direito dos contratos se dá, durante o século XX, em face do surgimento de uma nova realidade fática contratual. O desenvolvimento dos meios de produção e comércio no segundo pós-guerra (pós-1945) deu causa ao conhecido fenômeno da massificação dos contratos. Neste sentido, a incorporação de milhões de pessoas ao mercado de consumo e a necessidade do estabelecimento de práticas comerciais e contratuais com todos estes novos potenciais contratantes, deu causa a uma nova realidade, de maior distanciamento entre os contratantes, a necessidade de estipulação de contratos padronizados, nos quais um dos contratantes apenas adere às cláusulas pré-estabelecidas (contratos de adesão/condições gerais dos contratos), assim como novas técnicas de persuasão sobre a conveniência ou oportunidade da aquisição ou contratação de bens e serviços, por intermédio de uma florescente e profissionalizada atividade publicitária.

É nesse contexto que surge a própria identidade desta massa de contratantes dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, os consumidores. Parte-se então de uma nova premissa no reconhecimento das relações de consumo, que ao lado da dicotomia até então examinada sob o prisma social, político e jurídico, de trabalhadores e empregadores, uma segunda dicotomia, mais complexa e difusa (porquanto todas as pessoas seriam a algum tempo, consumidores) se estabeleceu, entre consumidores e fornecedores.

Em neste caso, a teoria dos contratos, dado o caráter contratual típico das relações de aquisição de produtos e serviços pelos consumidores, vai sofrer inegáveis transformações. Em primeiro lugar, supera-se a premissa clássica da igualdade formal entre todos os indivíduos, desenvolvida ainda pelas escolas jusracionalistas dos séculos XVII e XVIII, para se admitir a existência de circunstâncias objetivas, na realidade social e econômica, nas quais os contratantes – consumidores e fornecedores – serão desiguais na determinação e direção da relação contratual. Neste caso reconhece-se a necessidade de reequilíbrio da relação entre as partes, o que se tornará possível mediante o reconhecimento de proteção jurídica àquele que é mais fraco na relação, o consumidor. A partir disso é que diversos sistemas jurídicos passam a implementar legislações específicas de proteção do consumidor.²⁰

19. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico...*, p. 41. Entre nós: COUTO E SILVA. A teoria da base do negócio jurídico, p. 93-94.

20. No direito europeu, são conhecidas as diversas diretivas da Comunidade Europeia, posteriormente incorporadas no direito interno dos países-membros, tais como: Diretivas 79/581/CEE, 88/314/CEE, 88/315/CEE, 90/377/CEE, sobre indicação e transparência no preço de produtos e serviços; Diretivas 79/112/CEE, 79/530/CEE, 79/531/CEE e 92/75/CEE, sobre etiquetagem de produtos; Diretivas 84/450/CEE sobre publicidade enganosa e 97/55/CE sobre publicidade comparativa; Diretiva 85/374/CEE, sobre responsabilidade civil por produtos defeituosos; Diretiva 85/577/CEE, sobre vendas a domicílio ou contratos negociados fora do estabelecimento comercial; Diretiva 87/102/CEE e modificação na Diretiva 90/88/CEE, sobre serviços bancários e crédito ao consumo; Diretiva 88/378/CEE, sobre segurança de brinquedos; Diretiva 89/646/CEE, sobre instituições de crédito; Diretivas 89/622/CEE, 90/239/CEE, 92/41/CEE e 98/43/CE, sobre produtos de tabaco; Diretiva 89/552/CEE, e Regulamentos CEE 2299/89, CEE 2342/90, 295/91, Diretiva 97/36/CEE, Reg. 2027/97, sobre comunicações e transportes; Diretiva 90/314/CEE, sobre viagens organizadas, férias combinadas e circuitos organizados; Regulamento 295/91/CEE, sobre *overbooking* no transporte aéreo; Diretivas 92/49/CEE e 92/96/CEE, sobre seguros; Diretiva 92/59/CEE, segurança geral dos produtos; Diretiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas nos contratos com consumidores; Diretivas 79/112/CEE, Reg. 1139/98 e 49/2000, informações sobre organismos geneticamente modi-

Dentre os principais fatores de influência do direito do consumidor na renovação da teoria contratual em direito privado, está a constatação, no que respeita aos contratos de consumo, que o reequilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores e a proteção da parte vulnerável do contrato está na determinação de novos deveres aos fornecedores, tais como os deveres de transparência, informação e boa-fé. No caso, a decisão de contratar do consumidor deve ser orientada a partir da exigência do cumprimento destes deveres pelo fornecedor. Cláudia Lima Marques, em sua destacada obra sobre contratos,²¹ divide o exame dos contratos de consumo em quatro princípios essenciais, quais sejam: os princípios da transparência, da boa-fé, da equidade e da confiança, o que, de certo modo demonstra os aspectos mais importantes que o direito dos contratos de consumo vai apresentar, em contraposição, em um primeiro momento, ao tratamento que a disciplina das obrigações ainda vai observar no direito civil tradicional.

Neste sentido em vista da lei e da própria jurisprudência de direito privado, é que os contratos de consumo são os primeiros a incorporar, no direito brasileiro, a identificação das diversas fases da relação obrigacional (a noção de obrigação como um processo),²² assim como a necessidade da imposição de eficácia e deveres jurídicos específicos às partes em cada um destes momentos. Desde a realização da publicidade e da oferta, e seus deveres de informação e clareza, assim como seu efeito vinculativo do fornecedor, todas as fases do contrato passam a ser abrangidas pelas normas relativas à proteção do consumidor. Da mesma forma, o amplo controle de aproximação de consumidores e fornecedores na fase de execução e após a extinção do contrato, por intermédio da regulação das práticas comerciais abusivas e dos bancos de dados e cadastros de consumidores, assim como o conteúdo dos contratos, pela detalhada (porém não exaustiva) previsão normativa sobre as cláusulas abusivas e a cominação da sua nulidade.

Tal é o número de inovações em matéria contratual no CDC, que durante algum tempo – e em muitos casos, ainda hoje – há o interesse confessado de muitos, que ainda quando não se caracterizem propriamente como consumidores, buscam o alargamento do conceito, via equiparação do artigo 29 do CDC, para efeito de permitir a aplicação das normas nele previstas. É o caso, por exemplo, de pequenos e médios empresários em suas relações negociais ou de agricultores considerados vulneráveis na aquisição de insumos para sua produção.²³ A vigência do novo Código Civil brasileiro, em 2002, embora tenha atenuado esta ampliação do âmbito de

ficados ou transgênicos; Diretiva 94/47/CE, sobre multipropriedade ou time-sharing; Diretivas 95/46/CE e 97/66/CE, sobre tratamento de dados pessoais e proteção da privacidade; Diretiva 97/7/CE, sobre contratação à distância; Diretiva 98/6/CE, sobre a indicação de preços; Diretiva 98/27/CE, sobre ações de cessação destinadas a proteção de interesses coletivos dos consumidores; Reg. CE 12027/97, sobre responsabilidade das transportadoras aéreas em caso de acidentes; Diretiva 1999/93/CE, sobre assinatura eletrônica; Diretiva 1999/44/CE, sobre venda de bens de consumo e garantias destas vendas; e Diretiva 2000/31/CE, sobre comércio eletrônico.

21. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 589 *et seq.*
22. Neste sentido, veja-se a obra pioneira em direito brasileiro acerca do exame das diversas fases da relação obrigacional e o reconhecimento de efeitos e deveres jurídicos em cada uma delas em: COU-TO E SILVA, Clóvis. *A obrigação como processo*. Porto Alegre: UFRGS, 1964. p. 45 *et seq.*
23. “Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes. 1. A expressão “destinatário final”, constante da parte final do artigo 2.º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento” (STJ, REsp 208.793/MT, 3.ª T., j. 18.11.1999, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

aplicação das normas de defesa do consumidor, não eliminou completamente o recurso ao CDC de pessoas que, embora não sejam destinatários finais, pretendem a aplicação de suas normas a determinadas relações jurídicas.

A influência da regulação jurídica do CDC acerca dos contratos de consumo é decisiva para toda a teoria dos contratos no direito privado brasileiro e comparado. O direito do consumidor sedimenta, pois, uma nova *concepção social do contrato*.²⁴ Refere-se esta noção ao fato do contrato, ao mesmo tempo em que tem alta representação como expressão do poder da autonomia individual, também deve ser regulado em consideração aos eventuais efeitos que se produzem à comunidade e à frustração dos interesses dos contratantes em razão da realidade social de diferenças entre os níveis de poder dos diversos sujeitos envolvidos na conformação do pacto. Atualmente, o atual Código Civil, em seu artigo 421, complementa esta noção introduzindo no direito brasileiro,²⁵ do ponto de vista legislativo, o princípio da função social do contrato, nos seguintes termos: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".²⁶ E em que pese o pouco tempo da vigência do atual Código, o significado e as possibilidades desta nova cláusula geral já são objeto de viva preocupação dos juristas brasileiros, sendo inclusive considerada por reconhecidos autores,²⁷ como a mais importante inovação do Código Civil no direito contratual.

2.1.1 A autonomia privada e o contrato de consumo

Esta nova regulação jurídica dos contratos de consumo e da proteção do consumidor por intermédio da imposição de deveres de respeito, informação e esclarecimento ao fornecedor, dá causa à necessidade de uma nova leitura da disciplina contratual à luz do princípio da autonomia privada. A noção de autonomia privada e, sobretudo, de autonomia negocial, sustentou no direito civil tradicional, em sua matriz clássica do direito francês, bem como na tradição do direito brasileiro, a consagração do princípio da liberdade contratual e de sua decorrência lógica, a força do vínculo formado a partir da livre manifestação da vontade (*pacta sunt servanda*).

A noção de autonomia privada, como sustenta Ana Prata, consiste no *poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua atividade (designadamente, a sua atividade econômica), realizando livremente seus negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos*.²⁸ No cerne da questão colocam-se inclusive questões morais, conforme a célebre construção kantiana acerca da lei moral que o indivíduo coloca para si, e que estaria na essência da noção de autonomia. Esta noção, entretanto, no decorrer do século XIX, foi permeada na ciência jurídica de um forte conteúdo liberal e indivi-

24. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 175.

25. A referência é útil porquanto o artigo 421 do CC é o primeiro que se refere expressamente à *função social do contrato*. Não é desconhecido, contudo a forte presença desta concepção social do contrato previamente à vigência do Código Civil, do que é mais representativo a lógica e as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

26. Sobre a função social dos contratos, veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da função social dos contratos. *Revista de Direito do Consumidor*, v 51. São Paulo: RT, out.-dez. 2005. p. 22-45.

27. Assim refere Paulo Luiz Netto Lôbo. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 42. São Paulo: RT, abr.-jun. 2002. p. 187-195.

28. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 11.

dualista, vinculando-a a liberdade de conformação individual da própria vida e das relações estabelecidas entre o indivíduo e outras pessoas.

Não se pode desconhecer, todavia, que em grande medida, a autonomia individual é exercida em sociedade,²⁹ não prescindindo, portanto, da igualdade dos sujeitos da relação jurídica para efeito de assegurar-se a possibilidade de exercício livre desta autonomia (auto + nomos = própria norma pela vontade). É neste ponto que as normas de proteção do consumidor têm sua finalidade específica. Parte-se do pressuposto de que não há, em termos da realidade econômica e social da sociedade de consumo, verdadeira autonomia privada, ou seja, autêntica liberdade de contratar, sem a igualdade de poderes fáticos e jurídicos dos sujeitos de uma mesma relação contratual. Daí porque, considerando-se que o conceito de autonomia privada, exige a necessidade de assegurar, quanto mais possível, a igualdade negocial entre os participantes do contrato,³⁰ é que se encontra o cerne e o fundamento das normas de proteção do consumidor em matéria contratual.

Para se assegurar os interesses legítimos dos consumidores em matéria contratual, segundo muitos autores, passa a ocorrer o declínio da própria liberdade de contratar,³¹ de modo a promover, pela incidência de normas cogentes decorrentes da intervenção do Estado na relação contratual, uma espécie de padrão mínimo em relação a certos contratos onde se identifica a vulnerabilidade de um dos sujeitos contratantes.

É possível reconhecer na disciplina dos contratos de consumo a limitação da liberdade imediata dos contratantes, como privilégio de uma noção realística de autonomia negocial, considerando os fatores sociais e econômicos que influem na tomada de decisões dos consumidores na sociedade de consumo. Esta nova visão vem em substituição a uma concepção mais abstrata da autonomia privada na sua perspectiva tradicional, que terminava privilegiando, em nome do exercício da liberdade contratual, a satisfação dos interesses daqueles que possuíam condições fáticas de impor seus propósitos; no caso das relações de consumo, os fornecedores.

A adoção de normas de ordem pública (artigo 1.º do CDC), que limitam o espaço de autodeterminação, por via contratual, de direitos subjetivos e outras disposições protetivas dos consumidores, é antes um modo de assegurar o exercício pleno dos poderes de conformação do contrato a partir de um *standard* legal, um padrão mínimo indisponível. Como bem ensina Francisco Amaral, “o negócio jurídico, como fonte [do direito] subordina-se à lei (...) uma norma negocial não derroga uma legal, salvo previsão pela própria norma legislativa, mas esta revoga a primeira, como ocorre em matéria de ordem pública e bons costumes”.³² Por isso, coloca-se fora da possibilidade de modificações ou alterações próprias do jogo de pressões ou dos modos de contratação (contratos de adesão, contratações à distância, vendas emocionais) que são aptas a enfraquecer a posição do consumidor, mas que são inerentes, atualmente, às práticas de mercado na sociedade de consumo.

2.1.2 Nova visão da relação contratual: o processo obrigacional

Como já referimos, outra inovação do tratamento legislativo e dogmático do contrato de consumo é sua consideração, não como um ato instantâneo, senão a partir da identificação, na

29. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado...* p. 38-54.

30. PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*, p. 105.

31. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 224.

32. AMARAL, Francisco. *A autonomia privada como poder jurídico...*, p. 311.

dinâmica das relações de mercado, de uma série de comportamentos de aproximação entre fornecedores e consumidores, antes do contrato e posteriores à execução, que por sua importância para realização dos interesses legítimos das partes, merecerão adequado tratamento legal.

Entre nós, esta compreensão da relação obrigacional – e do contrato em particular – foi destacada de modo pioneiro por Clóvis do Couto e Silva, no esteio das reflexões realizadas, sobretudo, pela doutrina alemã. Observa este jurista que “a obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”.³³ Neste sentido, propõe que a ligação dos direitos e deveres pertinentes a cada uma das fases do processo obrigacional é a sua finalidade, traduzida pelo adimplemento.³⁴ Isto significa dizer, pois, que os deveres das partes não se encerram apenas no dever principal de prestação, ou seja, na realização da obrigação principal. Surge para os contratantes uma série de deveres de conduta, tanto no momento prévio à celebração do contrato, quanto, em relação a alguns deveres, sua manutenção para além da execução, e cujo cumprimento permite caracterizar a existência ou não do adimplemento. Segundo refere Karl Larenz, “estes deveres que excedem do próprio dever de prestação – cujo cumprimento constitui normalmente objeto de demanda – e que resultam para ambas as partes do que foi expressamente pactuado, do sentido e fim da obrigação, do princípio da boa-fé em acordo com as circunstâncias, ou, finalmente, das exigências do tráfico, os denominados ‘deveres de conduta’ (*Verhaltenspflichten*)”.³⁵

Sem prejuízo da incidência da boa-fé objetiva, estabelecendo deveres implícitos às partes contratantes em vista da realização do adimplemento do contrato, no que se refere à disciplina dos contratos de consumo pelo CDC, em vista do objetivo de assegurar a efetividade dos direitos dos consumidores, o legislador previu, a par da obrigação principal que lhe diz respeito – fornecimento de produtos ou serviços – uma série de deveres de conduta aos fornecedores. Estes têm por finalidade a proteção de interesses legítimos dos consumidores, acrescentando aos deveres contratualmente estabelecidos.

A disciplina legal dos contratos de consumo, assim, foi determinada de acordo com esta visão dinâmica da relação obrigacional, e na qual a fase anterior à celebração do contrato (fase pré-contratual), assume enorme relevância. O CDC assim regula extensamente a oferta (artigos 30 e 31) e a publicidade (artigos 30 e 36) de produtos e serviços, equiparando-as em matéria de efeitos – ambas vinculam o fornecedor –, assim como disciplinando os deveres de clareza e precisão da informação a ser repassada aos consumidores, e a possibilidade de exigir o cumprimento específico da obrigação nos termos da oferta (artigo 35). Da mesma forma, considerando as estratégias de aproximação do fornecedor com o consumidor, assim como no curso da relação contratual, o CDC dedica largo tratamento às práticas comerciais, vedando aquelas que se caracterizarem como abusivas (artigo 39).

Já no que se refere à execução dos contratos de consumo, o CDC reconhece, dentre outros direitos dos consumidores, o direito de arrependimento para compras feitas fora do estabelecimento comercial (artigo 49), o controle das cláusulas abusivas e a decretação da sua nulidade (artigo 51), a interpretação dos contratos de modo mais favorável ao consumidor (artigo 47), a imposição de deveres específicos de informação (artigo 52) e as consequências da violação deste dever (artigo 46), assim como o controle dos efeitos do inadimplemento (artigos 52 e 53).

33. COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, p. 10.

34. *Idem*, p. 13.

35. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Trad. Jayme Santos Briz. Madrid: ERDP, 1958. p. 21-22.

Por fim, na fase pós-contratual (cuja possibilidade do reconhecimento de efeitos já havia sido permitida a partir da teoria da culpa *post pactum finitum*)³⁶ as normas do Código determinam a imposição da garantia legal (artigos 24, 25) que poderá ser complementada pela garantia contratual (artigo 50), o controle e procedimentos de inscrição dos consumidores em bancos de dados e cadastros de consumidores (artigo 43), assim como a obrigatoriedade de oferta pelos fornecedores de peças de reposição dos produtos e serviços (artigo 32).

Observa-se, portanto, que a estrutura do contrato de consumo segue o tratamento da relação obrigacional como processo, estabelecendo ao lado dos deveres implícitos originados pela boa-fé objetiva, e amplamente reconhecidos na relação de consumo, o estabelecimento de uma série de direitos positivados na legislação, abrangendo as diversas fases compreendidas na relação entre o consumidor e o fornecedor, sempre em vista da proteção dos interesses legítimos das partes e, de modo destacado, dos consumidores.

2.1.3 A proteção da confiança nos contratos de consumo

A proteção da confiança é atualmente, um dos mais importantes princípios do direito privado. Embora possa parecer paradoxal, em alguma medida isto se dá em razão de uma crise de confiança pela qual passa a sociedade de informação, cuja hipercomplexidade e hiperinformação³⁷ dão conta de uma ruptura na crença em comportamentos tradicionais, em comportamentos padrões, reclamando-se a necessidade de estabelecimento da garantia da aplicação e efetividade do direito,³⁸ por intermédio da proteção da confiança individual e social. A proteção da confiança, assim, constitui na exata lição de Niklas Luhmann, “o modo mais efetivo de redução da complexidade social”.³⁹

Por confiança – ensina Carneiro de Frada – entendem-se diferentes significados, desde “aquele que crê firmemente em uma certa realidade, como quem espera por uma convicção mais moderada; como ainda o que chega a adotar um determinado comportamento, apesar de uma contingência que não domina, decidido a assumir o correspondente risco na expectativa de que ele não se concretize”.⁴⁰ Ou como propõe Menezes Cordeiro, “a confiança exprime situação em que uma pessoa adere, em termo de atividade ou de crença, a certas representações passadas, presentes ou futuras que tenha por efetiva”.⁴¹

36. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 229. No mesmo sentido Antônio Menezes Cordeiro, reconhecendo a boa-fé objetiva como fonte destes deveres pós-contratuais, refere-se a culpa *post pactum finitum* como “projeção simétrica da culpa in *contrahendo* para o período pós-contratual”. Neste sentido destaca o eminente jurista português, a possibilidade de que extinta uma obrigação possam subsistir “a cargo das antigas partes, deveres de proteção, de informação e de lealdade”. MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 625 et seq.

37. Sobre o tema, tratei em outro estudo: MIRAGEM, Bruno. A ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 307-354.

38. Neste sentido, Claudia Lima Marques, citando Niklas Luhmann: MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: RT, 2004. p. 32 et seq.

39. LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. México: Anthropos, 1996. p. 14.

40. CARNEIRO DE FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 17-18.

41. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil...*, p. 1234.

Boa-fé objetiva e confiança são conceitos que se aproximam.⁴² A confiança é, em regra, a base de comportamentos sociais ou jurídicos individuais⁴³ e, considerando-se a perspectiva da comunidade, há nestes comportamentos a crença de uma conduta correta por parte dos demais, ou à falta desta, a realização de consequências (sanções) na hipótese de violação. Daí porque a proteção da confiança abrange essencialmente *as expectativas de cumprimento de determinados deveres de comportamento*.⁴⁴

Com respeito às relações de consumo, a proteção da confiança é antes de tudo uma resposta à massificação das contratações e das práticas negociais de mercado. Uma das consequências deste fenômeno nas relações de consumo, já referimos, é a crescente despersonalização do contrato, fazendo com os consumidores, sejam identificados pelos fornecedores, não mais pessoalmente, senão a partir de toda a espécie de informação, como um número, uma senha ou determinados perfis de consumo, por exemplo.

Daí a necessidade do estabelecimento de novo paradigma objetivo nos contratos de consumo que tenha em consideração, principalmente, “um *standard* de qualidade e segurança que podem ser esperados por todos, contratantes, usuários atuais e futuros”.⁴⁵ A proteção da confiança nos contratos de consumo, neste sentido, leva em consideração tanto a projeção interna do contrato, quanto a regularidade das tratativas e dos termos acordados entre consumidores e fornecedores. Da mesma forma ocorre em relação ao dever geral de segurança e qualidade exigidos dos produtos e serviços que constituem o objeto destas relações jurídicas.

No primeiro caso, destacam-se os deveres impostos aos fornecedores no que se refere ao adequado esclarecimento e informação do consumidor sobre o conteúdo do contrato e, em determinadas situações, de suas consequências patrimoniais e pessoais para o consumidor (como, por exemplo, os deveres especiais de informação nos contratos de empréstimo e financiamento em geral).⁴⁶ Já no que se refere aos deveres de segurança e qualidade dos produtos e serviços, dizem respeito tanto ao fundamento da responsabilidade dos fornecedores pelo fato do produto ou do serviço (nos quais a presença do defeito assinala a violação do dever de confiança), quanto do vício do produto ou do serviço (na hipótese em que o produto ou serviço não servem aos fins que legitimamente dele se esperam, em razão de uma falha no processo de produção, distribuição ou oferecimento no mercado de consumo).

As consequências típicas da proteção da confiança consistem na preservação da posição nela fundamentada ou a imposição do dever de indenizar em decorrência da sua violação.⁴⁷ Exemplo disto é a determinação do artigo 46 do CDC, pelo qual as estipulações contratuais que gerem obrigações aos consumidores não serão obrigatórias, se não lhes for dada oportunidade do conhecimento prévio do seu conteúdo. Igualmente é o que ocorre com o direito à indeniza-

42. *Idem*, p. 1241.

43. *Idem*, p. 1243.

44. CARNEIRO DE FRADA. *Teoria da confiança...*, p. 79.

45. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 980.

46. Em nosso direito o artigo 53 do CDC estabelece deveres específicos de informação no que se refere aos contratos de financiamento de produtos e serviços. No direito francês são estabelecidas uma série de normas estipulando deveres aos fornecedores com o objetivo de assegurar a ampla informação e qualidade do consentimento do consumidor. Neste sentido veja-se: CALAIS-AULOY/STEINMETZ. *Droit de la consommation*, p. 371-401.

47. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé no direito civil...*, p. 1.249.

ção por perdas e danos em decorrência do descumprimento da oferta, previsto no artigo 35, III, do CDC,⁴⁸ ou mesmo pela quebra da confiança despertada.⁴⁹

2.2 A FORMAÇÃO DO CONTRATO DE CONSUMO

O modo típico de formação dos contratos é representado em nosso direito privado sob o binômio *proposta e aceitação*. A presença dos dois elementos assinala o nascimento do vínculo jurídico apto a produzir efeitos jurídicos. A *proposta*, também denominada *policitação*, é o ato pelo qual a parte manifesta sua intenção de contratar, bem como os termos em que pretende fazê-lo, e solicita da outra parte a respectiva manifestação sobre sua aceitação. Ensina Pontes de Miranda que “à oferta ou sucede a aceitação pura e simples, que bilateraliza o negócio jurídico e vincula os figurantes, ou a recusa, ou a aceitação modificativa que não é, propriamente aceitação, mas sim outra manifestação de vontade, outra oferta, no lugar da recusa ou aceitação pura e simples, que se havia de esperar”.⁵⁰ A função da oferta, neste sentir, é dar a conhecer o conteúdo do que será o negócio jurídico. Já no que se refere à aceitação, esta pode ser expressa ou tácita, sendo a primeira quando se empregue palavras ou sinais que a expressem, a segunda,

48. “Consumidor: Recurso especial. Publicidade. Oferta. Princípio da vinculação. Obrigação do fornecedor. – O CDC dispõe que toda informação ou publicidade, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, desde que suficientemente precisa e efetivamente conhecida pelos consumidores a que é destinada, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar, bem como integra o contrato que vier a ser celebrado. – Constatado pelo Eg. Tribunal a quo que o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada, garantiu a entrega de veículo objeto de contrato de compra e venda firmado entre o consumidor e uma de suas concessionárias, submete-se ao cumprimento da obrigação nos exatos termos da oferta apresentada. – Diante da declaração de falência da concessionária, a responsabilidade pela informação ou publicidade divulgada recai integralmente sobre a empresa fornecedora” (STJ, REsp 363.939/MG, rel. Min. Fátima Nancy Andrihghi, j. 04.06.2002, DJU 01.07.2002, p. 338).

49. “Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Denúncia da lide. Fundamentos inatacados. Direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. Valor da indenização a título de danos morais. Ausência de exagero. Litigância de má-fé. Reexame de provas. – Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo. – A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado se criou, no segurado e nos beneficiários do seguro, a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento. – A vedação de denúncia da lide subsiste perante a ausência de impugnação à fundamentação do acórdão recorrido e os direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. – Observados, na espécie, os fatos do processo e a finalidade pedagógica da indenização por danos morais (de maneira a impedir a reiteração de prática de ato socialmente reprovável), não se mostra elevado o valor fixado na origem. – O afastamento da aplicação da pena por litigância de má-fé necessitaria de revolvimento do conteúdo fático-probatório do processo. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 590.336/SC, j. 07.12.2004, rel. Min. Fátima Nancy Andrihghi, DJU 21.02.2005, p. 175).

50. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsóti, 1972, p. 26-27.

pelo silêncio, mas acompanhada de atos positivos ou negativos que não se componham de sinais compreensíveis.⁵¹

É certo que o modo como se processam oferta e aceitação não é igual em todas as espécies de contrato. Distinguem-se desde logo entre os contratos solenes e não solenes, sendo que nos primeiros, oferta e aceitação são momentos prévios e pressupostos à celebração do contrato, enquanto nos contratos não solenes, oferta e aceitação são procedimentos sucessivos e dependentes um do outro.⁵² Nos contratos de consumo, sobretudo em se tratando de contratos de adesão, pode ocorrer que a mera manifestação tácita do consumidor caracterize a aceitação do contrato.

Em geral, aliás, em face das condições gerais estabelecidas em muitos contratos de consumo, o comportamento concludente, a caracterizar a aceitação do consumidor, poderá se dar apenas pela utilização do produto ou serviço, o apertar de um botão ou acionar um dispositivo, ou como no caso dos contratos via internet, pelo simples ato de clicar em determinada alternativa em um determinado sítio eletrônico. Em algumas destas situações estaremos diante do que a doutrina alemã convencionou denominar como *relações contratuais fáticas*⁵³ ou também denominadas de *contato social*,⁵⁴ caracterizados pela não utilização de formas jurídicas pré-determinadas para “celebração” do contrato, senão que esta se supõe da conduta concreta dos indivíduos na vida social. Assim por exemplo, quem embarque em um ônibus esperando que este lhe deixe em alguma estação do trajeto pré-estabelecido, ou quem adquira um cupom na bilheteria de um cinema. Sem a necessidade de maiores debates ou conformações do conteúdo do contrato pelos contratantes em ambos os casos, o fato é que se entende nas condutas empregadas a intenção de realizar, no primeiro caso, um contrato de transporte, assim como no segundo, a audiência de um filme.

Atualmente há o questionamento, sobretudo em face dos meios tecnológicos de comunicação, da possibilidade de formação de contratos sem consenso, mas apenas por intermédio da realização de comportamentos fáticos.⁵⁵ Ou, por outro lado, empreende-se a tentativa de compreensão destas contratações mediante novas interpretações do momento de formação do

51. PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. XXXVIII, p. 28.

52. Assim: FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992, p. 782.

53. O reconhecimento e sistematização das denominadas relações contratuais fáticas deve-se a Günther Haupt, por intermédio de seu ensaio “Em torno das relações contratuais fáticas”. Conforme: HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 73.

54. Assim também na sociologia, desenvolveu-se o conceito de contato social, sobretudo a partir da obra de Leopold von Wiese. Neste sentido: WIESE, Leopold; BECKER, H. O Contato social. In: CARDOSO, Fernando Henrique e IANNI, Octávio (Orgs.). *Homem e sociedade. Leituras básicas de sociologia geral*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961, p. 145-161. Em direito, o contato social passa a ser reconhecido tanto como fonte de efeitos jurídicos tanto entre estrangeiros como Dölle, no direito alemão, para quem este contato negocial é apto a determinar o surgimento de deveres jurídicos (conforme MARQUES, *Contratos...*, 4. ed., p. 615), como no direito brasileiro, a partir de Clóvis do Couto e Silva, que o reconhece como fonte de obrigações: COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, p. 91-94.

55. IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*, v. 52, n. 2. Milano: Giuffrè, giugno 1998, p. 347-364.

contrato, tais como uma noção mais objetiva, com a redefinição do próprio modo de configuração do consenso.⁵⁶

Em face da nova realidade contratual, na qual os contratos de consumo se estabelecem sob a forma de contratos de adesão, muitas vezes após intensa atividade publicitária a exigir a regulação do fenômeno a partir da preocupação de proteção dos potenciais aceitantes, demonstra a insuficiência da visão tradicional de direito civil sobre os contornos da oferta e da aceitação, sobretudo no que diz respeito a seus efeitos vinculativos do ofertante. A oferta de consumo assim surge não apenas como espécie de convite a contratar (*invitatio ad offerendum*), hipótese que reconhece amplas possibilidades de sua revogação, mas com caráter vinculativo, em vista da proteção do consumidor a quem se dirige.

2.2.1 A oferta de consumo e sua eficácia vinculante

O Código Civil brasileiro apresenta distinção entre a *oferta* e a *proposta*, embora doutrinariamente muitos autores identifiquem ambos os conceitos.⁵⁷ Segundo o artigo 427 do CC, “a proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”. A expressão *oferta*, deste modo, é reservada apenas à situação de oferta ao público, regulada pelo artigo 429, nos seguintes termos: “A oferta ao público equivale à proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”. Em direito civil, o tema da obrigatoriedade distingue-se, em um primeiro momento, quanto à circunstância de ter sido feita no âmbito de um contrato entre presentes ou entre ausentes. Na primeira hipótese, deixa de ser obrigatória a proposta “se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita”. Neste caso, indica o artigo 428, I, que se considera contrato entre presentes o celebrado por intermédio telefone ou por meio de comunicação semelhante. Já quanto ao contrato entre ausentes, a proposta desobriga o proponente quando “tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta” ao seu conhecimento (artigo 428, II), ou quando feita a termo, a aceitação não tiver sido expedida no prazo determinado (artigo 428, III), ou ainda quando haja retratação do proponente, a qual tenha sido conhecida pelo destinatário em momento anterior ou simultaneamente à oferta (artigo 428, IV).

Por outro lado, a oferta ao público apenas obriga quando encerra os requisitos essenciais do contrato. Esta exigência, embora obedeça à lógica contratual do direito civil tradicional, naturalmente que não parece adequada à realidade dos contratos de massa, assim como ao fenômeno da publicidade e sua linguagem muitas vezes fluida, de duplo sentido, sem a precisão e caráter determinável inerentes à noção de proposta contratual formal e determinada. Daí porque, nos contratos de consumo, a definição de oferta não mais exigirá a determinação de um ato específico com informações precisas sobre todos os elementos essenciais do contrato. Considerando o modo como se processam as contratações no mercado de consumo, assim como a multiplicidade de meios e a velocidade com que se estabelecem e divulgam as informações relativas a tais contratos, o legislador do CDC optou por indicar à oferta efeito vinculante, caracterizando-a como toda e qualquer informação suficientemente precisa divulgada pelo fornecedor. Estabelece o artigo 30 do CDC: “Toda informação ou publicidade, suficientemente

56. OPPO, Giorgio. Desumanizzazione del contratto? *Rivista de Diritto Civile*, n. 5. Padova, set.-ott. 1998, p. 525-533.

57. Assim: PONTES DE MIRANDA. *Tratado...*, t. XXXVIII, p. 26.

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”.

Ou seja, em direito civil a natureza jurídica da oferta deu causa a um enorme debate doutrinário,⁵⁸ para verificação da importância ou não do elemento vontade na determinação do seu conteúdo, parecendo predominar sua determinação como espécie de negócio jurídico unilateral.⁵⁹ Em relação à oferta de consumo, embora o fato de que nas situações em que seja feita conscientemente pelo fornecedor mantenha esta característica negocial, quando se examina o teor do artigo 30, que faz referência a “qualquer informação suficientemente precisa”, estabelecendo para logo seu efeito vinculativo, de modo independente à vontade manifestada pelo fornecedor, esta conduz à situação de que a conduta do fornecedor não seja considerada relevante. Importante será apenas o seu resultado, que consiste na geração e divulgação da informação ou publicidade suficientemente precisa, no que se aproxima fortemente da categoria do ato-fato jurídico⁶⁰ ou ainda do contato social, uma vez que – conforme ensina Adalberto Pasqualotto – a mera “aruação dos anunciantes, voltada para o incremento dos seus negócios é fonte de deveres e obrigações”.⁶¹ Não há de se considerar, portanto, tendo a oferta ou informação qualidades que despertem a confiança do consumidor, a possibilidade do fornecedor alegar erro ou equívoco na sua formulação. Não há relevância do elemento volitivo, razão pela qual descabe fazer referência a qualquer espécie de defeito da vontade do fornecedor (erro de objeto, por exemplo) como óbice ao seu caráter vinculativo. Naturalmente que ao se referir o fato da oferta ser apta a despertar a confiança do consumidor, ficam excluídas desta hipótese as ofertas manifestamente incorretas, com erros crassos e evidentes ao observador razoável.

É de se notar, portanto, que ao regular a oferta de consumo, o artigo 30 do CDC reconhece duas situações, de diferentes naturezas, mas para as quais se determina o mesmo efeito vinculativo do fornecedor. Na previsão normativa em questão, está abrangida tanto a oferta de consumo propriamente dita, quanto a publicidade, que poderá ou não ser integrada por uma oferta de consumo. No primeiro caso, em geral se reconhece como negócio jurídico unilateral (uma vez que pertence à decisão do fornecedor determinar seu conteúdo). Com relação à segunda, contudo, é espécie de ato-fato jurídico, ou melhor, de contato social. Segundo refere Pasqualotto, “a classificação da publicidade em tal categoria condiz com a sistemática do Có-

58. Conforme anota Judith Martins-Costa, ainda não se verifica no Brasil uma exata compreensão do conceito jurídico de oferta. MARTINS-COSTA, Judith. O princípio da vinculação contratual da publicidade: características e interpretação do negócio jurídico de oferta no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 48.

59. Assim: PONTES DE MIRANDA. *Treatado...*, t. XXXVIII, p. 32; MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 600. No mesmo sentido: PASQUAL, Cristina Stringari. *Estrutura e vinculação da oferta no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 2003. p. 137.

60. Nos atos-fatos jurídicos, não se considera a relevância da vontade como motora da realização de uma determinada conduta humana, mas apenas o resultado concreto desta conduta, que é juridicizado. Neste caso, o resultado da conduta previsto no suporte fático da norma do artigo 30 do CDC é a existência de “informação suficientemente precisa”. Não importa a vontade do fornecedor na sua veiculação, mas apenas o fato desta ter sido realizada.

61. PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 1997. p. 56-58.

digo de Defesa do Consumidor, que desconhece a velha dicotomia entre a responsabilidade contratual e extracontratual, tendo adotado a teoria da qualidade como fonte unitária da responsabilidade do fornecedor".⁶²

Por outro lado, deve ser examinada a possibilidade ou não do fornecedor de revogar ou retificar a oferta de consumo. Não há consenso sobre a identidade ou não entre as características de obrigatoriedade e irrevogabilidade da oferta.⁶³ Ora, o fato de ser obrigatória, não significa que a oferta seja irrevogável.⁶⁴ De fato, tanto em relação aos contratos civis, quanto nos contratos de consumo, não se há de se reconhecer a hipótese de supressão da possibilidade de revogação da oferta. No caso das ofertas de consumo, seria demasiado gravoso para o fornecedor, mesmo a falta de previsão legal específica, não admitir a possibilidade de revogação, ou mesmo em certos casos, de retificação da oferta. Na prática, contudo, há um limite aos efeitos da revogação que se traduz na proteção da confiança legítima do consumidor, razão pela qual o fornecedor responderá pelas expectativas que desperta nos consumidores, independente da existência ou não de revogação. Da mesma forma, existem situações de equívoco ou de alteração das circunstâncias negociais que podem se apresentar para o fornecedor como a exigir a revogação ou alteração da oferta inicialmente estabelecida.⁶⁵ Assim, admite-se esta possibilidade, desde que a revogação ou retificação seja realizada pelo mesmo modo da oferta originária.⁶⁶ A questão, todavia não é pacífica. Opõem-se entendimento que sustenta a impossibilidade de retificação da oferta em qualquer caso e aquele que admite a retificação. Milita em favor da primeira posição a conclusão de que o erro da oferta constitui risco negocial pelo qual responde o fornecedor. Já em favor da segunda posição, de que a finalidade da oferta é a proteção de

62. PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 61.

63. ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *A oferta no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Lemos Editora, 1997, p. 102-103.

64. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte general*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004, p. 264; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. III. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 30.

65. Admitindo a retificação da oferta, na hipótese de erro escusável, dentre outros: RODY CZ, Wilson. A obrigatoriedade de o ofertante cumprir a oferta publicitária à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*, p. 60-67. Neste sentido, da mesma forma, entendendo que a vinculação da oferta apenas ocorre quando esta é capaz de despertar expectativas legítimas dos consumidores, e não na hipótese de erro manifesto: "Cominatória e danos morais. Consumidor. Computador portátil anunciado por R\$ 100,00. Erro grosseiro e flagrante no valor do produto. Não vinculação do vendedor. Dever de restituir a quantia desembolsada em pagamento. A oferta vincula o fornecedor, em cumprimento ao artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor. Porém, não há vinculação quando o erro na oferta for grosseiro e flagrante, como ocorre com o anúncio de venda de computador portátil por R\$100,00. Valor totalmente discrepante ao praticado no mercado de consumo, o que caracteriza o erro. A quantia desembolsada para a aquisição do equipamento deve ser devolvida ao consumidor, a partir da rescisão do contrato. Recurso provido nesse ponto. Danos morais. Descumprimento de contrato. Meros abalos cotidianos. O descumprimento do contrato de compra e venda, por si só, não é suficiente à imposição de indenizar por danos morais. Constatados meros abalos cotidianos que não prejudicam a ordem psíquica do demandante, afasta-se o pedido de indenização. Provento parcial do recurso." (TJSC, ApCiv 2011.007711-5, j. 24.05.2012, rel. Gilberto Gomes de Oliveira). No mesmo sentido: TJRJ, ApCiv 0045606-59.2008.8.19.0004, 7.ª Câm. Civ., j. 20.03.2012, rel. Gledson Melchiadis Correa.

66. Neste sentido: ROCHA. *A oferta no Código de Defesa do Consumidor*, p. 103; PASQUAL. *Estrutura e vinculação da oferta...*, p. 139.

expectativas legítimas do consumidor, de modo que quando se tratar de erro grosseiro, do qual não resultem tais expectativas legítimas, seria de admitir a possibilidade de retificação. Em qualquer caso, contudo, protege-se o consumidor de boa-fé – a qual se presume – em relação a sua capacidade de perceber ou não o equívoco que marca a oferta.

Nosso entendimento é de que se admite a possibilidade de retificação em certos casos. Se por intermédio de meio de comunicação, há de se exigir a utilização do mesmo modo para desfazer-se a primeira oferta. Contudo, assim como parece correto admitir-se a possibilidade de revogação, da mesma forma se deve considerar que os efeitos da revogação ou retificação só se produzem a partir do momento em que são informados ao consumidor. Até lá, vincula-se o fornecedor aos termos da oferta original, não existindo, *a priori*, hipótese que exonere sua responsabilidade com relação à mesma. A oferta, no regime do CDC é obrigatória, portanto vincula o fornecedor. Todavia, não se perca de vista a diferença ontológica – no dizer de Claudia Lima Marques – entre a oferta de consumo e a oferta civil. A oferta civil apoia-se na teoria da vontade, enquanto a oferta de consumo tem seu fundamento na teoria da declaração.⁶⁷ Neste sentido, a oferta de consumo não perde sua eficácia vinculante quando despertar a confiança do consumidor, devendo o fornecedor, neste caso, responder por eventual equívoco a que tenha dado causa.

Orienta-se a oferta de consumo, neste sentido, pelo *princípio da vinculação da oferta*. Da mesma forma, reduz-se o âmbito de disposição do ofertante no que diz respeito à possibilidade de cumprir a oferta ou livremente revogá-la. Esta também é a solução adotada em matéria de equiparação, no direito do consumidor, entre oferta e publicidade. Na verdade, é plenamente adequado que se refira, quando se trate do oferecimento de produtos e serviços por via de meios publicitários, a uma autêntica *oferta publicitária*.⁶⁸ Esta constitui, ao lado das outras possibilidades de oferta possíveis (no próprio estabelecimento comercial, via telefone, *e.g.*), espécie de oferta de consumo cujo efeito típico é a vinculação do fornecedor.

Não se exigirá mais da oferta de consumo que seja estabelecida com todos os elementos essenciais para a celebração do contrato.⁶⁹ Ora, desde que seja fornecida informação suficientemente precisa aos consumidores, está tem o condão de vincular o fornecedor. O direito de concluir o contrato, nestas condições, constitui-se como espécie de direito potestativo do consumidor.⁷⁰ Tal consideração terá efeito muito especialmente com relação à oferta publicitária; Afinal, sabe-se que a técnica publicitária não considera a possibilidade de colocação de todos os elementos ou requisitos do contrato. Assim também se deve considerar a *contrario sensu*, que tudo aquilo em publicidade que seja próprio da linguagem e das técnicas empregadas nesta atividade, mas que não se traduza como espécie de oferta razoável e séria (os conhecidos exageros ou ficções que comumente integram a mensagem publicitária), não terá o efeito de vincular o fornecedor.

67. MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo diálogo das fontes. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2005. p. 34.

68. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores...*, p. 267.

69. Veja-se, a respeito, decisão do STJ que não considerou enganosa oferta publicitária veiculada sem a indicação precisa do preço, mas com a assunção de obrigação de cobrir os preços divulgados por concorrentes: STJ, REsp 1370708/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 28.04.2015, DJe 01.07.2015.

70. *Idem*, p. 269.

Observe-se, pois, que, a teor do artigo 30 do CDC, o carácter vinculativo da oferta não apenas obriga o fornecedor a contratar, mas também a fazê-lo nos termos da informação ou publicidade veiculada. Neste sentido, é possível identificar em relação aos efeitos da oferta de consumo a origem de dois deveres jurídicos principais em relação ao fornecedor. Primeiro, é o *dever de contratar*, ou seja, de realizar o contrato a que se refira a oferta. Segundo o *dever de contratar nos termos da oferta*. Isto porque, ao referir ao final do artigo 30, que a informação ou publicidade suficientemente precisa integra o contrato que vier a ser celebrado, encaminha o legislador importante solução prática visando evitar a dissociação entre o *prometido* e o *efetivamente contratado*. Neste sentido, em vista do princípio da boa-fé, o efeito vinculativo da conduta das partes e a rejeição ao comportamento contraditório, ao estabelecer que a oferta de consumo integra o contrato de consumo, vincula o fornecedor ao cumprimento do que se comprometeu na fase pré-contratual, na qual o objetivo de atração do consumidor para contratar pode muitas vezes estimular o oferecimento de vantagens que posteriormente não estejam contempladas no contrato. A solução do artigo 30 do CDC, evita esta dissociação. A oferta de consumo e o contrato se identificam pela simples razão de que a primeira constitui-se, por força de lei, em parte integrante do segundo. E neste sentido, há um nítido privilégio aos termos da oferta em relação ao que venha a ser posteriormente contratado, sobretudo quando exista divergência entre estes dois momentos, sem que seja muitas vezes percebido pelo consumidor, em face da sua vulnerabilidade (que se pode apresentar no tocante à redação e compreensão do contrato, por exemplo).

Ainda é de se referir que integra a definição de oferta de consumo também aquelas que se apresentam de modo gratuito, como é caso do oferecimento de vantagens, prêmios, ou brindes, vinculados ou não, de modo direto ou indireto, à celebração de um contrato de consumo. Aqui é importante ter em vista, como assinala Cláudia Lima Marques, que se houver interesse comercial — conforme se observa nas modernas técnicas de marketing —, não importa se vai apresentar-se como gratuita. A oferta em questão vai se constituir em prática comercial visando ao consumo, buscando a atração ou fidelidade dos consumidores.⁷¹

2.2.1.1 Requisitos da oferta de consumo

Examinada a eficácia vinculante da oferta de consumo em todos os seus modos de apresentação (oferta entre presentes, oferta publicitária, oferta ao público), é necessário que se identifiquem quais os requisitos que lhe são exigíveis. O artigo 30 do CDC, faz referência a que, para haver oferta, a informação ou publicidade devam ser suficientemente precisas. Da mesma forma exige que seja veiculada “por qualquer forma ou meio de comunicação”, de modo que dela seja dado conhecimento ao público, e não apenas se constituam em documento ou informações de domínio exclusivo do fornecedor.

Ou seja, em primeiro lugar, que a oferta de consumo só será como tal considerada na medida em que seja veiculada ou divulgada por qualquer modo que assegure o conhecimento do público. Esta divulgação, entretanto, não pressupõe um modo específico, tanto que, como vimos, poderá ser realizada pelo próprio fornecedor diretamente, ou por intermédio de publicidade.

Em primeiro lugar, refere o CDC de que se trate de informação suficientemente precisa, para que produza efeito vinculativo do fornecedor. Neste sentido, parece estar afastada do

71. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 605.

conceito de oferta de consumo a promessa exagerada ou hiperbólica, feita com a exclusiva finalidade de chamar a atenção do público, mas que é facilmente identificada por uma pessoa razoável. Não tem o efeito de vincular o fornecedor. Observe-se contudo, que mesmo aqui há de se ter em vista que a presunção de vulnerabilidade do consumidor pode se apresentar *in concreto*, como critério para avaliação sobre a possibilidade efetiva de distinção entre o conteúdo exagerado da oferta e aquilo que seria aceitável e, portanto, capaz de vincular o fornecedor. Neste sentido, parte-se do pressuposto de que a parte mais bem informada (que se presume seja o fornecedor) deva cumprir obrigação de informar a outra (o consumidor),⁷² devendo arcar com os riscos negociais da existência deste déficit informativo.

Neste particular, diante da equiparação de efeitos entre a oferta e a publicidade, os deveres imputados aos fornecedores impõem que estes devam “assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores” (artigo 31 do CDC). Tratam-se, pois de *efeitos, e não de requisitos ou pressupostos* da oferta de consumo.

2.2.1.2 *Solidariedade do fornecedor e seus prepostos e representantes*

Em relação à extensão da responsabilidade do fornecedor pelos termos da oferta, estabelece o artigo 34 do CDC que “o fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”. A responsabilidade solidária do fornecedor por atos de seus prepostos ou representantes não chega a ser inovação introduzida pelo CDC. A disposição legal em questão apenas destaca a extensão desta responsabilidade em vista do caráter educativo ou pedagógico das normas do Código, da mesma forma como para dar segurança e evidência a efeito da responsabilidade pela oferta, francamente protetivo dos interesses do consumidor.

Ocorre que a responsabilidade por representação como a estabelecida pelo CDC já é desde algum tempo desenvolvida em nosso direito. O próprio Código Civil de 1916 a previa expressamente em seu artigo 1.521, ao estabelecer a responsabilidade do “patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes compete, ou por ocasião dele”. Todavia, a solução adotada pela codificação civil anterior era francamente insuficiente e confusa, sobretudo em face do que dispunha o artigo 1.523 do mesmo diploma, ao exigir a demonstração da culpa para efeito da responsabilização (“Excetuadas as do artigo 1.521, V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no artigo 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”). Da mesma forma, a responsabilidade decorrente de mandato, ou de representação negocial, invariavelmente confirmava a necessidade de demonstração do elemento subjetivo.

O Código Civil de 2002 inovou a este respeito, ao estabelecer, em definitivo, a hipótese de responsabilidade objetiva nesta mesma situação. Assim o artigo 932, III, reproduz o texto do artigo 1.521. Contudo, o artigo 933 determina em relação àquelas situações a imputação de responsabilidade objetiva, ao referir que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”, ao tempo em que no artigo seguinte, reconhece a possibilidade da ação regressiva de quem venha a responder, dirigida contra o culpado, para reaver o que tiver desembolsado.

72. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 276.

É necessário observar, entretanto, que a cadeia de fornecimento, como fenômeno próprio das relações no mercado de consumo, organiza-se por intermédio de relações contratuais muito mais complexas do que a relação entre empregador e empregado ou aquelas de representação convencional (representação comercial, mandato, e.g.). A regra, em verdade, é a do estabelecimento de relações altamente complexas entre os diversos membros da cadeia de fornecimento, envolvendo desde contratos de representação comercial (já conhecidos de nossa prática comercial há bastante tempo), até complexos sistemas de remuneração por venda, parcerias comerciais, e uma série de outros ajustes que não mais se amoldam à simples extensão de responsabilidade em razão de uma relação jurídica formal pré-constituída, como é o caso da relação de emprego ou a existência de qualquer espécie de mandato mercantil. Este universo de contratos, muitas vezes conexos, que em geral não são do conhecimento do consumidor – para quem só se apresenta o último membro da cadeia, o fornecedor direto – é parte de um fenômeno que Cláudia Lima Marques⁷³ reconhece como sendo de *desmaterialização do fornecedor*, que só deverá aparecer para o consumidor na forma de uma marca, através do organizador da cadeia, ou ainda sem uma definição exata, a partir de condutas sociais típicas (o administrador do *shopping center*) ou de práticas comerciais (o operador de *telemarketing* ou que realiza o *marketing* direto, a empresa de logística que cuida do transporte e entrega do produto).

Com o objetivo de responder a esta nova realidade dos contratos, mesmo antes da vigência do CDC, e em face da insuficiência do Código Civil então em vigor (de 1916), doutrina e jurisprudência já desenvolviam entre nós, soluções inspiradas no direito comparado, visando determinar o alcance da responsabilidade, mesmo sem a existência de uma relação jurídica formal, mas decorrente apenas da confiança gerada na parte. Sob esta inspiração, desenvolveu-se na doutrina e jurisprudência brasileira a *teoria da aparência*, fundamento da responsabilidade daqueles a quem, em face da boa-fé despertada na contraparte, no outro sujeito da relação negocial, ou por uma conduta social típica, ensejava responsabilidade daquele a quem se aparentava representar. A teoria da aparência, neste sentido, tem seu fundamento no princípio da confiança,⁷⁴ o qual, de certo modo, objetiva o fundamento da responsabilidade das partes (excluindo a exigência de culpa), do mesmo modo como vai suprimir a importância sobre a fonte da responsabilidade, se contratual ou extracontratual, uma vez que sua proteção será exigível em qualquer um dos regimes, determinando-lhes um tratamento unitário.

É de notar que a jurisprudência vem ampliando os termos da solidariedade da cadeia, não apenas para que o fornecedor responda por seu preposto ou representante, mas também em vista da confiança despertada pela oferta, em relação ao compromisso unitário ou abrangente de diferentes pessoas jurídicas que explorem uma mesma marca, permitindo ao consumidor percebê-lo como um só fornecedor. O nascimento de obrigações decorrentes desta confiança despertada pela mensagem publicitária com exploração de marca comum, dependerá, naturalmente, da demonstração razoável de sua aptidão para fazer nascer nos consumidores a crença de que se trata de uma só organização empresarial fornecedora de produtos ou serviços.⁷⁵

73. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 335-336.

74. FRADA. *Teoria da confiança...*, p. 44 et seq.; MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 609.

75. Ensina o STJ: "PROCESSO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. SOCIEDADES COOPERATIVAS UNIMED. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. 1. O direito à informação e o princípio da vinculação da publicidade refletem a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a sua publicidade desperta no consumidor,

A solidariedade pela oferta, neste sentir, indica ao fornecedor o dever de responder pelos atos de todos os seus prepostos e representantes, mesmo que estes tenham agido com culpa, hipótese em que o fornecedor poderá exercer seu direito de regresso, após satisfazer adequadamente os interesses do consumidor prejudicado. Outra questão que deverá ser examinada neste particular, é a eventual responsabilidade de quem, mesmo não sendo preposto ou representante do fornecedor, promove a oferta de consumo (sobretudo quando está se dá por intermédio da publicidade). Este é o caso do que a nova doutrina vem chamando de *fornecedores por equiparação*,⁷⁶ visando estender-lhe a responsabilidade pelos termos da oferta. A questão todavia, não parece ser simples, como veremos a seguir, a discutir especificamente o regime jurídico da publicidade no direito do consumidor.

2.2.2 O regime jurídico da publicidade

Dentre os diversos fenômenos da sociedade contemporânea, denominada *sociedade da informação* ou *sociedade de consumo*, o desenvolvimento da atividade publicitária é um dos que maiores consequências trouxe para o surgimento e desenvolvimento do mercado de consumo, assim como para a caracterização das transformações econômicas mais substantivas do último século.⁷⁷ Em uma realidade de hiperinformação, na qual cada indivíduo é submetido a uma

mormente no que tange ao uso coletivo de uma mesma marca. 2. A publicidade do Sistema Unimed busca instigar o indivíduo à contratação mediante a convicção de que se trata de uma entidade única com atuação em âmbito nacional, não sendo informado ao filiado sobre a autonomia e a independência de suas unidades, o que só faz reforçar nele a ideia de que esse sistema lhe oferece uma maior gama de serviços e facilidades. 3. Ademais, a complexa estrutura das cooperativas prestadoras de serviço, se, por um lado, visa ao estímulo e reforço do sistema cooperativo regido pela Lei n. 5.764/1971, possibilitando a atuação sob uma mesma marca e a constituição de sociedades cooperativas singulares, federações de cooperativas e confederações; por outro lado, tem como efeito externo a responsabilização de toda a cadeia de fornecimento – no caso, o Sistema Unimed – de forma solidária, uma vez que não se pode exigir do consumidor que conheça as intrincadas relações entre os diversos membros dessa cadeia, mormente quando a publicidade veiculada pelo grupo faz-lhe crer que se trata de uma entidade una. 4. Dessarte, o fato de várias sociedades explorarem uma mesma marca, ainda que com personalidades jurídicas distintas – por não ter havido a informação clara ao consumidor acerca de eventuais diferenças no conteúdo dos serviços ou na cobertura oferecida por cada uma –, traz como consequência a possibilidade de serem acionadas a responder solidariamente pelas obrigações contratadas por qualquer delas. 5. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1377899/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 18.12.2014, Dje 11.02.2015).

76. Neste sentido: BESSA, Leonardo. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007. p. 84-87.
77. Observa Baudrillard: "A publicidade revela-se talvez como o mais notável meio de comunicação de massas da nossa época. Assim como, ao falar de qualquer objecto, os glorifica virtualmente a todos, referindo-se igualmente à totalidade dos objectos ao universo totalizado pelos objectos e pelas marcas em virtude da menção de tal objecto ou de tal marca – assim também, por meio de cada consumidor, se dirige a todos os consumidores e vice-versa, fingindo uma totalidade consumidora, retribalizando os consumidores no sentido que McLuhan atribui à expressão, isto é, através de imanente cumplicidade e conluio, imediatos ao nível da mensagem, mas, sobretudo ao nível do próprio meio de comunicação e do código. Cada imagem e cada anúncio impõem o consenso de todos os indivíduos virtualmente chamados a decifrá-los, ou seja, depois de descodificarem a mensagem, a aderir automaticamente ao código em que ela for codificada". BAUDRILLARD. *Sociedade de consumo*, p. 131.

quantidade imensa de dados e informações as mais variadas, a todo o tempo, a importância da publicidade é ressaltada, na medida em que, considerando-a como “informação dirigida ao público com o objetivo de promover directa ou indirectamente uma atividade econômica”,⁷⁸ ou como “a arte de criar, no público, a necessidade de consumir”⁷⁹ será dotada de uma série refinada e profissional de técnicas para sua realização. Neste sentido, estudiosos do fenômeno da publicidade relacionam como cinco as tarefas a serem realizadas pelo anúncio publicitário: 1) chamar a atenção; 2) despertar o interesse; 3) estimular o desejo; 4) criar convicção; e 5) induzir à ação.⁸⁰

Doutrinariamente, busca-se distinguir entre os fenômenos da *publicidade* e da *propaganda*. A *publicidade* sendo a que se realiza com o fim de estimular e influenciar o público em relação à aquisição de determinados produtos ou serviços, o que em geral enseja que seja feita dentro do mercado de consumo. Segundo o artigo 2.º da Diretiva 84/450/CE, de 10 de setembro de 1984, sobre publicidade enganosa, considera-se publicidade “qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações”. Já a *propaganda* faz-se com relação a outra série de ideias e conceitos, cuja promoção não se vincula ao objetivo de lucro ou obtenção de alguma vantagem econômica.⁸¹ Todavia, tal distinção não se observa, como regra, na legislação, que utiliza os termos publicidade e propaganda, na maior parte das vezes, como expressões sinônimas.⁸²

O CDC estabelece o regime jurídico da publicidade, atividade que se estabelece no mercado de consumo, com o objetivo da promoção de produtos e serviços – denominada de *publicidade promocional* –, ou com a finalidade de promoção de uma marca, ou de uma determinada empresa fornecedora, no que se costuma identificar como sendo a *publicidade institucional*. Esta não possui por fim direto e imediato a promoção da venda de determinados produtos ou serviços, mas tem este objetivo como finalidade mediata ou indireta, por intermédio da promoção da marca ou conceito, razão pela qual se encontra também sob o regramento das normas do CDC.⁸³ Da mesma forma há de se considerar ainda o *patrocínio* como espécie de publicidade, o qual poderá ser tanto promocional como institucional. Em geral, o patrocínio é espécie de

78. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Conceito de publicidade. *Boletim do Ministério da Justiça*, 349, outubro de 1985, apud PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 22.

79. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 15.

80. VERSTERGAARD, Torben; SCHRODER, Kim. *A linguagem da propaganda*. Trad. João Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 47 et seq.

81. Para a distinção, veja-se: PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 24-26; BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 307-308.

82. Veja-se, por exemplo, a própria Constituição da República, que ao determinar que se estabeleçam restrições à publicidade de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos e agrotóxicos, faz referência à *propaganda* destes medicamentos (artigo 220, § 4.º, da Constituição da República). Conforme o nosso: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e tabaco por lei federal. *Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública* (artigo 170 da CF/88). *Revista de Direito do Consumidor*, v. 59. São Paulo: RT, jul.-set. 2006. p. 197-240.

83. Observa Adalberto Pasqualotto, que em direito comparado, certos sistemas contemplam como espécie de publicidade, e submetida às normas de proteção do consumidor, atividades de relações públicas, como é o caso do direito belga. PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 24-25.

publicidade que se vincula à realização de um ou mais eventos ou atividades específicas, a qual se associa a marca, o nome ou a imagem de produto ou serviço, ou ainda de uma empresa fornecedora. No Brasil, são comuns os patrocínios em eventos esportivos e mesmo de clubes esportivos, na realização de eventos culturais e de lazer, e até mesmo de atividades comunitárias. Em qualquer destes casos, como refere Adalberto Pasqualotto,⁸⁴ é comum a existência de pagamento pela empresa patrocinadora, ainda que isto não seja um requisito essencial que determine a caracterização ou não do patrocínio.

O regime jurídico da publicidade, embora encontre no CDC o seu principal diploma legal, nele não se esgota. O regramento da atividade observa uma série de normas, legais e administrativas, que tanto buscam regular a publicidade de certos produtos⁸⁵ ou serviços,⁸⁶ de certas iniciativas de *marketing*,⁸⁷ quanto estabelecem restrições à publicidade, a partir de determinação constitucional. Neste último caso, trata-se do que dispõe o artigo 220, § 4.º, da Constituição da República, ao estabelecer que “a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais”, determinadas por intermédio de lei federal, e devendo constar, “sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso”. Realizando a determinação constitucional, então, editou-se a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que estabeleceu regras restringindo a publicidade de tais produtos (veja-se item 2.2.2.5, adiante).

Para o direito do consumidor, a publicidade terá relevância jurídica basicamente em três situações. A primeira, quando se apresenta como veículo, como forma, de uma oferta de consumo, hipótese em que produz efeito de vinculação do fornecedor que a promove, na condição de negócio jurídico unilateral. A segunda quando viola deveres estabelecidos pelo CDC, caracterizando-se como uma das duas figuras típicas de publicidade ilícita, previstas na norma do artigo 37 deste diploma, como publicidade enganosa ou publicidade abusiva. E a terceira, quando se apresente como espécie de *contato social de consumo*,⁸⁸ na qual embora não encerrando os requisitos de um negócio jurídico unilateral de oferta, divulga informação capaz de gerar nos consumidores em geral, ou em algum individualmente, expectativas legítimas que, em face da tutela da confiança e do princípio da boa-fé objetiva que fundamentam o CDC, determinam igualmente a eficácia vinculativa do fornecedor que a promover.

84. PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 24.

85. Assim, por exemplo, com relação a medicamentos, as normas estabelecidas, nos artigos 57 e seguintes da Lei 6.360, de 23 de setembro de 1976 e a Resolução 102, de 30 de novembro de 2000, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Veja-se, ainda, a Resolução 24, de 15 de junho de 2010, também editada pela ANVISA, regulando a “oferta, propaganda, publicidade, informação e outras práticas correlatas cujo objetivo seja a divulgação e a promoção comercial de alimentos considerados com quantidades elevadas de açúcar, de gordura saturada, de gordura trans, de sódio, e de bebidas com baixo teor nutricional”.

86. É o exemplo dos serviços de profissionais liberais, em geral extensamente regulados por seus órgãos de classe, como é o caso dos serviços de advocacia (regulados pelo Estatuto da Advocacia e demais normas estabelecidas pelo Conselho Federal da OAB) e os serviços médicos (regulados pelo Conselho Federal de Medicina).

87. Assim, as regras sobre publicidade sobre distribuição gratuita de brindes com finalidade comercial, por intermédio de sorteios, vale-brindes, ou concurso, estabelecidas na Lei 5.768, de 20 de dezembro de 1971.

88. CHAISE, Valéria. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 68-70.

2.2.2.1 O fundamento constitucional da atividade publicitária

A atividade publicitária, como toda a atividade socialmente relevante, merece do ordenamento jurídico brasileiro sua adequada regulação por intermédio de uma série de normas que visam ao estabelecimento de um marco legal e o eventual controle por parte dos órgãos competentes. Contudo, no que se refere à identificação do fundamento da atividade publicitária, em acordo com as normas constitucionais em vigor, observa-se espécie de desacerto por parte dos estudiosos do tema.

Dentre os estudos de direito público,⁸⁹ não são poucos os autores que sustentam o fundamento da atividade publicitária no direito fundamental à liberdade de expressão, consagrado no artigo 5.º, IX, da Constituição da República, que estabelece: “É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.⁹⁰ Este entendimento, inclusive, deu causa a cunhagem de referência específica, por alguns autores, de denominada *liberdade de expressão publicitária*.

Não há dúvida que, no seu aspecto formal e material, a publicidade envolva a expressão de conceitos e ideias de indivíduos e grupos, sejam os próprios profissionais da área publicitária que desenvolvem a peça ou campanha publicitária, seja o fornecedor que as promova. Todavia, não se pode desconsiderar que a publicidade distingue-se de modo decisivo das demais formas de expressão, sobretudo pela vinculação íntima da atividade publicitária a um fim eminentemente econômico. Neste sentido, não parece correto reconhecer na atividade publicitária a mesma finalidade que em geral se reconhece à liberdade de expressão, como garantia do regime democrático e do Estado de Direito.⁹¹

A publicidade, neste sentir, encontra seu fundamento constitucional na livre iniciativa, prevista no artigo 1.º, IV, da Constituição da República, ao referir-se, como um dos fundamentos do Estado brasileiro, “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. Todavia, no âmbito da iniciativa econômica – onde inegavelmente se insere – a própria Constituição estabelece, no capítulo da ordem econômica, uma série de princípios informadores e condicionamentos, quais sejam, dentre outros, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a defesa do consumidor. Ou seja, a defesa do consumidor é princípio informador da ordem econômica constitucional, razão pela qual o exercício da livre iniciativa econômica deve harmonizar-se com a defesa dos interesses do consumidor.

Ora, considerando que só há publicidade no mercado de consumo, e é neste ambiente em que os agentes econômicos deverão atuar com o objetivo de fomentar seus negócios e a venda de seus produtos e serviços aos consumidores, não se pode dissociar a atividade publicitária do regramento constitucional específico à ordem econômica.

É certo, contudo, que a associação da atividade publicitária com o direito fundamental à liberdade de expressão é mais atraente para os fornecedores de produtos e serviços.⁹² Em face do

89. BARROSO, Luís Roberto. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 263.

90. Sobre o tema da liberdade de expressão e os limites do seu exercício, veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra. *O novo Código Civil e a Lei de Imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35 et seq.

91. MIRAGEM. *Responsabilidade civil da imprensa...*, p. 49-53.

92. Refere esta preocupação: WILHELMSSOM, THOMAS. The consumer's right to knowledge and the press. In: WILHELMSSOM/TUOMINEM/TUOMOLA. *Consumer law in the information society*,

regime democrático, e das finalidades do direito, à liberdade de expressão como garantia do Estado de Direito, as restrições ao seu exercício sempre devem ser observadas no mínimo grau possível, em face de objetivos também vinculados à proteção do próprio regime democrático que a assegura, e à proteção da pessoa humana.⁹³ Neste sentido, diante de qualquer iniciativa visando à restrição do exercício da liberdade de expressão, imediatamente opõe-se o interesse a ser protegido e a vedação geral da censura, reconhecida em nosso texto constitucional (artigo 220).

Daí porque, muitas vezes, a associação entre liberdade de expressão e publicidade, é argumento utilizado para afastar a incidência de controles sobre o conteúdo e o modo da divulgação de peças ou campanhas publicitárias. A este respeito, faz referência Adalberto Pasqualotto a conhecido caso, julgado pela Suprema Corte norte-americana, no qual um indivíduo que adquirira um submarino da Marinha e o estacionou em um píer de Nova York, o expôs à visitação pública mediante a venda de ingressos. Em um primeiro momento, promoveu a visitação gratuita do submarino, divulgando-o por intermédio de panfletos. Estes panfletos continham em uma das faces, a publicidade da iniciativa e, de outro, espécie de protesto contra a autoridade administrativa competente por conta das dificuldades que esta vinha impondo para a atracação do submarino no local que julgava adequado. A distribuição do panfleto foi então vedada em razão de norma municipal que proibia a distribuição de panfletos publicitários. As instâncias ordinárias entenderam que o decreto violaria o direito à liberdade de expressão. Entretanto, a Suprema Corte, ao julgar o caso, entendeu que, existindo a inequívoca finalidade comercial na distribuição dos panfletos, o protesto contra a autoridade portuária tinha em vista a burla da legislação que vedava a distribuição de panfletos de publicidade.⁹⁴

Assentou a Suprema Corte americana, neste episódio, que a liberdade publicitária não se confunde com a liberdade de expressão, cujas razões de proteção pelo direito dizem respeito, inequivocamente, à finalidade de proteção do Estado de Direito. Ou como bem refere Guido Alpa, *a mensagem publicitária não pode ser considerada manifestação de opinião ou de pensamento, e ainda que tenha algum conteúdo informativo, caracteriza-se, sobretudo, como um momento da atividade econômica produtiva da empresa.*⁹⁵ Na mesma linha de entendimento, observa Vidal Serrano que *“o eventual caráter artístico não desnatura a essência econômica da publicidade comercial, que, enquanto função de venda, tem no mercado de consumo o destinatário de sua atenção. Arredada sua finalidade econômica, a publicidade comercial sequer chegaria a existir”.*⁹⁶

Atualmente, a Suprema Corte norte-americana vem admitindo a possibilidade de controle da liberdade publicitária por intermédio do fundamento da liberdade de expressão, mas não no sentido de uma liberdade política, mas sim como liberdade de expressão comercial (*commercial speech*).⁹⁷ Há, contudo, clara distinção entre a publicidade comercial e a expressão do pen-

p. 367-384. No mesmo sentido: PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade do tabaco e liberdade de expressão. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 82, p. 11 e ss. São Paulo: RT, abril-junho/2012.

93. Assim referimos em: MIRAGEM. *Responsabilidade civil da imprensa...*, p. 241. E também em: MIRAGEM, Bruno. A liberdade de expressão e o direito de crítica pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 22. Porto Alegre: UFRGS, 2002, p. 8-30.

94. PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 65.

95. ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*, p. 120.

96. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 205.

97. MOROSINI, Fábio. Visões acerca do novo direito da comunicação de massa. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, p. 182-214. São Paulo: RT, abr.-jun. 2004.

samento, informações e opiniões com fins não econômicos. Originalmente, a partir do caso *Valentine vs Chrestensen* julgado pela Suprema Corte em 1942, base da doutrina do *commercial speech*,⁹⁸ negou-se em um primeiro momento a proteção constitucional à publicidade comercial, sendo posteriormente moderado o entendimento, no sentido de reconhecer a ela sede na Primeira Emenda, contudo distinto da liberdade de expressão cujo exercício não seja movido pela finalidade lucrativa.⁹⁹

Porém, mesmo o reconhecimento da liberdade de expressão como fundamento da atividade publicitária parte da premissa de que a publicidade contenha um conteúdo informativo, e, neste sentido, seja reconhecido também um direito dos destinatários da mensagem de receber a informação que ela veicula.¹⁰⁰ Assim, por exemplo, restou definido no direito norte-americano, no caso *Virginia State Board of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, de 1976, o qual afirma que a publicidade que veicule informações verdadeiras está sob o abrigo da Primeira Emenda¹⁰¹, por bem como a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, no caso *Barthold v Bundesrepublik Deutschland*, de 1985, em que se considerou desproporcional a restrição à publicidade quando estas viessem a caracterizar um obstáculo à divulgação da informação verdadeira.¹⁰²

Outro, certamente, não pode ser o entendimento acerca da matéria. Colocar-se a publicidade, conceitualmente vinculada à finalidade eminentemente econômica, sob a égide da liberdade de expressão, de modo a limitar a possibilidade ou intensidade da sua restrição ou controle a partir de determinações estabelecidas na própria Constituição, e regradas pela legislação ordinária, é outorgar um privilégio que, além de não ser razoável, carece de fundamentação jurídica. Tais restrições à publicidade serão legítimas quando realizadas em consideração da promoção de direitos fundamentais de relevo, tais como a proteção do consumidor, da criança,¹⁰³ ou da saúde pública, de modo a conformar a liberdade de iniciativa econômica, assento constitucional da atividade publicitária.¹⁰⁴ Ou como refere Nelson Nery Júnior “as normas

98. TAWIL, Nadir N. Commercial speech. A proposed definition. 27 *Howard Law Journal*, 1015, 1984.

99. Como exemplo da visão minoritária, em favor da paridade de tratamento, veja-se: THIERER, Adam. Advertising, commercial speech and first amendment parity. *Charleston Law Review*, 5, 2010-2011, p. 503 e ss. No Brasil, veja-se as reflexões sobre o caso, de: PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 65.

100. MOON, The constitutional protection of freedom of expression. University of Toronto Press, 2000, p. 76-77.

101. MERRIL, Thomas. Comment, First amendment protection for commercial advertising: the new constitutional doctrine. *University of Chicago Law Review*, 44, 1976, p. 205 e ss.

102. MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 437.

103. O próprio Código de ética publicitária, elaborado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, norma que orienta a atuação desta entidade de autorregulamentação integrada por representantes dos veículos de comunicação, de anunciantes, e de profissionais da área publicitária, contém restrições específicas para a publicidade dirigida a crianças e adolescentes, em seus artigos 33, a e e, e na Seção 11, artigo 37.

104. Veja-se a respeito, nosso parecer *pro bono*, escrito em conjunto com Claudia Lima Marques, oferecido ao BRASILCON – Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, e juntado por este, na qualidade de *amicus curiae*, nos autos da ADIn 3.311, interposta pela Confederação Nacional da Indústria contra a constitucionalidade das restrições estabelecidas à publicidade de tabaco, pela Lei 9.294/96, em trâmite no Supremo Tribunal Federal. Neste parecer sustentamos a constitucionalidade das restrições legais estabelecidas com fundamento na determinação estabelecida pelo artigo

demarcadoras de limites ao exercício da publicidade, geram situações subjetivas de vínculo negativo (dever de respeitar) por parte de todos os jurisdicionados, concorrendo deste modo, para a demarcação do perfil do direito da publicidade”.¹⁰⁵

Neste sentido, observa Jónatas Machado, que “os fins da promoção da liberdade de escolha individual, da informação necessária a tomada de decisões esclarecidas e racionais e da discussão pública em torno de bens e serviços oferecidos, juntamente com a possibilidade de recorrer a meios menos restritivos como a regulação da publicidade falsa ou enganosa, justificam a abertura dos canais de circulação da informação”.¹⁰⁶

Resulta, assim, que a dupla fundamentação da publicidade, atraindo para si, além da ínsita liberdade de iniciativa econômica, também a legitimidade constitucional da liberdade de expressão e demais liberdades comunicativas, vincula-se ao direito dos destinatários da mensagem publicitária em receberem a informação que ela veicula. Ou seja, consumidores potenciais terão no direito de acesso à mensagem publicitária – e, neste sentido, também estarão protegidos em relação à proibição de limitações desproporcionais ou irrazoáveis ao seu conteúdo, na exata medida em que esta sirva a instrumentalizar sua autonomia individual, no sentido de permitir escolhas, conhecer de qualidades e atributos dos produtos e serviços ofertados, das vantagens e desvantagens nas diversas opções possíveis.

Deste modo, verifica-se na atividade publicitária, espécie de realização da atividade econômica, embora também nela seja possível identificar características que lhe coloquem sob a égide da liberdade de expressão, ainda que de modo menos intenso.¹⁰⁷ No direito brasileiro, este duplo fundamento da publicidade, fundada na liberdade de iniciativa econômica e na liberdade de expressão encontra acolhida na doutrina publicista.¹⁰⁸

220, § 4.º, da Constituição da República, sobretudo em homenagem à defesa do consumidor e o direito à saúde, assim como sustentamos o assento constitucional da atividade publicitária na liberdade de iniciativa econômica, conforme refere a norma constitucional do artigo 170. MARQUES/MIRAGEM. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e tabaco por lei federal, p. 197 *et seq.*

105. NERY JUNIOR, Nelson. O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 15. São Paulo: RT, jul.-set. 1995. p. 210-211.

106. MACHADO, Jónatas E. M. Liberdade de expressão..., p. 468.

107. SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5.º, IX da Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J.J. Gomes MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo W. STRECK, Lênio. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 275.

108. Sustenta Daniel Sarmento, que: “(...) predomina o entendimento de que a propaganda comercial é também protegida pela liberdade de expressão. Sem embargo, tal como a pornografia, ela não se situa no epicentro deste direito fundamental – onde habitam o discurso político, artístico, religioso, científico, etc. –, mas numa zona mais afastada, em que a proteção constitucional é menos intensa. Daí por que podem ser aceitas restrições mais profundas à liberdade de expressão nesta seara, como as voltadas à proteção do consumidor, que também é tarefa constitucional (arts. 5.º, XXXII, e 170, V, da CF), dentre as quais sobressaem as presentes na Lei 8.078/90, que visaram a proscriver a publicidade disfarçada (art. 36), enganosa ou abusiva (art. 37). Outras restrições também são admitidas – há até caso de imposição constitucional de restrição (art. 220, §4.º, da CF, a propósito da propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias) – em nome da tutela de bens jurídicos relevantes, como a saúde, o meio ambiente e a proteção da criança e do adolescente. Porém, é sempre necessário analisar a validade de cada medida restritiva, o que envolve tanto o respeito à reserva de lei formal, como o acatamento do princípio da proporcionalidade”. SARMENTO, Daniel. Comentários ao art. 5.º, IX da Constituição do Brasil..., cit.

Admitindo-se este ponto de contato entre a publicidade e a liberdade de expressão – mediante consideração de que o exercício da atividade publicitária também é veículo, em alguma medida, de atividade intelectual, artística e de comunicação – a legitimidade das limitações que lhe são endereçadas sustenta-se em proteção a outros direitos e liberdades fundamentais assegurados pela própria Constituição.¹⁰⁹

A razão fundamental para reconhecer-se a publicidade sob o duplo domínio da livre iniciativa econômica e da liberdade de expressão situa-se na rejeição ao argumento de uma hierarquização do conteúdo (ou discursos) objeto da manifestação humana.¹¹⁰ Disso, contudo, afirma-se igualmente, a legitimidade da imposição de limites à atividade, bem como da proporcionalidade dos critérios que fundamenta estes limites, considerando a necessidade de preservar a autonomia individual dos destinatários da informação que ela veicula. Ou como sugere a doutrina nacional, um *direito a receber informação publicitária adequada*.¹¹¹

2.2.2.2 Os princípios da atividade publicitária

A regulação jurídica da atividade publicitária se estabeleceu também, pela determinação de princípios jurídicos informadores, os quais serão reconhecidos como modo de identificação e controle da sua regularidade. Diverge, a doutrina, todavia, quanto à exata determinação destes princípios. Adalberto Pasqualotto faz menção a dois princípios elementares, quais sejam, os da *identificação* e da *veracidade*.¹¹² Antonio Herman Benjamin, de sua vez, nomeia os princípios da *identificação*, da *vinculação contratual*, da *veracidade*, da *não abusividade*, da *inversão do ônus da prova*, da *transparência da informação*, da *correção do desvio publicitário*, e da *lealdade publicitária*.¹¹³

Em termos didáticos, e colhendo as lições da doutrina, preferimos identificar três princípios fundamentais da publicidade: *a) o princípio da identificação; b) o princípio da veracidade; e c) o princípio da vinculação*.

2.2.2.2.1 Princípio da identificação

O princípio da identificação decorre, diretamente, do que dispõe o artigo 36 do CDC, ao estabelecer que “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Trata-se de norma que deriva da boa-fé objetiva, estabelecendo deveres de lealdade e transparência entre as partes. Em face desta disposição, origina-se para o fornecedor o dever de caracterizar a publicidade, seja ela uma determinada peça ou toda uma campanha publicitária, a qual deve ser apresentada de tal modo que o público a quem se dirija possa identificá-la de modo apartado às demais informações que porventura sejam divulgadas ou veiculadas pelo mesmo meio de divulgação. Por força do princípio da identificação é que se estabelece a necessidade de distinguir em determinado veículo de comunicação, a publicidade do restante da sua programação editorial, cujo método deverá variar conforme o tipo

109. Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 263.

110. MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão...*, p. 447 e ss.

111. FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação. Teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004, p. 179.

112. PASQUALOTTO, Adalberto. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 83 et seq.

113. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 316-318.

de mídia. Assim é, por exemplo, que em televisão se utilizam as conhecidas vinhetas, em rádio há o recurso às chamadas pelos locutores, ou ao anúncio expresso de que se trata de patrocínio, e em jornal ou revista, a configuração de letras, tipos e cores distintas da utilizada para o conteúdo editorial, de responsabilidade do próprio veículo de comunicação. Esta obrigação, aliás, transcende à determinação eminentemente jurídica, estando prevista no artigo 28 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, elaborado pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, nos seguintes termos: "O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou meio de veiculação".¹¹⁴

Todavia, é reconhecido que as novas técnicas de *marketing* desenvolvidas pelo mercado publicitário vêm cada vez mais recorrendo a outras formas de configuração e divulgação da mensagem publicitária, dando ensejo a práticas que muitas vezes violam de modo flagrante o princípio da identificação da publicidade. Destaque-se que o CDC, ao estabelecer o dever de identificação da publicidade, qualifica tal exigência indicando que a mesma deverá ser fácil e imediatamente identificada. Não há de se exigir, portanto, que para tal se reclame um alto conhecimento ou nível intelectual do consumidor. Da mesma forma, a identificação deve se dar prontamente, tão logo haja a exposição da publicidade em questão.

Dentre as técnicas de publicidade que violam o princípio da identificação consagrado no artigo 36 do CDC, estão as espécies de publicidade *dissimulada*, *clandestina* e *subliminar*.¹¹⁵

A *publicidade dissimulada*, também conhecida como publicidade redacional,¹¹⁶ é aquela que se apresenta como parte do conteúdo editorial normal de um determinado veículo de comunicação. Tem a aparência de informação isenta, originada pelos meios regulares de produção de conteúdo de um determinado veículo de comunicação (uma reportagem jornalística, por exemplo), mas na verdade revela-se com uma finalidade publicitária oculta do público. Em geral, considerando a necessidade de se atender ao princípio da identificação, é comum os veículos de comunicação, sobretudo os de mídia impressa, alertar o caráter publicitário destas peças, por intermédio de avisos como "informe publicitário", ou expressões correlatas. A dificuldade reside, contudo, nas hipóteses em que não exista relação imediata entre a remuneração de publicidade e a promoção de um determinado fornecedor, em vista dos fins econômicos que pretende atingir. Isto pode ocorrer quando há contratação de publicidade em certo veículo de comunicação, devidamente identificada, mas que em razão desta contratação, sejam produzidas reportagens editoriais com referências positivas acerca de um determinado produto ou serviço, ou do seu fornecedor. A dificuldade, nesta hipótese, reside na demonstração da relação entre a contratação da publicidade e a produção das matérias de aparente conteúdo editorial, pelo veículo de comunicação.

A publicidade *clandestina*, de sua vez, tornou-se bastante comum no Brasil, sobretudo na programação televisiva, tais como novelas, programas de auditório, entre outros. Referida impropriamente¹¹⁷ como *merchandising*, consiste na aparição, de modo associado ao roteiro original do programa, de situações normais de consumo nas quais se faz uso, referência ou

114. O Código de Autorregulamentação Publicitária, inclusive, distingue entre os princípios da identificação e da ostensividade, estabelecendo este último que a atividade publicitária será sempre ostensiva, sendo que a alusão à marca de produto ou serviço, razão social do anunciante ou emprego de elementos reconhecidamente a ele associados atende ao princípio da ostensividade (artigo 9.º, § 1.º).

115. O rol é de: PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 85 et seq.

116. PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 86.

117. Refere Antônio Benjamin, que nas técnicas de *marketing*, a expressão *merchandising* possui outro significado. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 321.

simplesmente se projeta imagem de produto ou serviço, ou ainda de uma determinada marca, logomarca ou congêneres, com a finalidade de estabelecer uma associação entre estes e qualidades ou circunstâncias positivas decorrentes da sua utilização. Sua vedação consiste em preocupação para diversos países. Na Europa, a Diretiva 89/552/CE, relativa ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva, estabeleceu expressamente a vedação da publicidade clandestina quando consagrou o princípio da identificação.¹¹⁸ Esta mesma diretiva define a publicidade clandestina como sendo “a apresentação oral ou visual de produtos, de serviços, do nome, da marca ou de actividades de um fabricante de mercadorias ou de um prestador de serviços em programas em que essa apresentação seja feita de forma intencional pelo organismo de radiodifusão televisiva com fins publicitários e que possa iludir o público quanto à natureza dessa apresentação. A apresentação é considerada intencional sempre que for feita a troco de remuneração ou de outra forma de pagamento similar”.¹¹⁹

Nem todo o *merchandising*, todavia, caracteriza-se como publicidade clandestina, desde que possa o consumidor identificar e distinguir a mensagem publicitária do conteúdo ordinário da programação do veículo de comunicação. Assim por exemplo, quando se trate do que hoje vem se denominando “publicidade de palco”, especialmente em programas televisivos, nos quais os apresentadores realizam durante a programação comum (e não nos intervalos), anúncios publicitários.¹²⁰ Nesses casos, não permite indicar que necessariamente há violação do dever de promover a fácil e imediata identificação do caráter publicitário da mensagem. Isso porque pode ocorrer a distinção entre o conteúdo próprio do programa e a mensagem publicitária até mediante recurso a ironia ou retórica dos respectivos apresentadores, caracterizando a natureza de anúncio e sua separação do curso normal da programação.¹²¹

118. Assim o artigo 10, da Diretiva 89/552/CE, de 3 de outubro de 1989: “(...) 1. A publicidade televisiva deve ser facilmente identificável como tal e nitidamente separada do resto do programa por meios ópticos e/ou acústicos. 2. Os spots publicitários isolados devem constituir exceção. 3. A publicidade não deve utilizar técnicas subliminares. 4. É proibida a publicidade clandestina”.

119. Artigo 1.º, alínea c, da Diretiva 89/552/CE, de 3 de outubro de 1989.

120. MIRAGEM, Bruno. Publicidade, merchandising e os limites da responsabilidade das emissoras de televisão. Comentários ao REsp 1.157.228/RS. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 82, p. 377-402.

º São Paulo: RT, abril-junho/2012.

121. Neste sentido, observa o Min. Aldir Passarinho, em trecho de seu voto no REsp 1.157.228/RS: (...) dentre as novas espécies de propaganda veiculadas em televisão surgiu a chamada “publicidade de palco”, espécie de comercial ao vivo, na qual a mensagem do anunciante, em lugar de ser gravada, é promovida pelo próprio apresentador do programa ou outra pessoa. Essa propaganda, usualmente, tem um tempo estipulado pela emissora e limite de texto, de acordo com a grade do programa, e é realizada na linguagem característica do apresentador e do respectivo “show”. Há outra variação, ainda dentro da “publicidade de palco”, que é o “comercial chamado”, pelo qual o apresentador, utilizando-se de um texto menor, chama a atenção do telespectador para um comercial que é exibido a seguir, porém, sempre dentro do bloco do programa, que também pode ser seguido de um comentário de finalização pelo mesmo apresentador. Igualmente é considerada como “publicidade de palco” o “merchandising”, que tem lugar dentro do programa para fins de memorização de marca, “slogans” etc., usualmente empregando estímulos visuais e textuais, ações conceituais, eventos especiais, sem rigorosa limitação de tempo e texto. Exemplo disso é uma distribuição de brindes de determinado produto à plateia, com um prêmio de viagem inserido em um deles. Existe, mais, na mesma categoria de “publicidade de palco”, o formato comercial de patrocínio de quadros específicos do programa, que é divulgado no bloco, antes e depois da apresentação do quadro. (STJ, REsp 1.157.228/RS, 4.ª T., j. 03.02.2011, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 27.04.2011).

A publicidade clandestina terá essa designação justamente em razão do seu caráter não ostensivo, tal como a situação em que uma personagem de novela faz uso do cartão magnético de um determinado banco, ou de uma bandeira de cartão de crédito, ingere refrigerante de determinada marca, ou faz uso de automóvel, do qual se destaca a marca e o modelo específicos. Nestas situações há evidente violação do dever de identificação imediata da publicidade pelo consumidor, conforme estabelece o artigo 36 do CDC. Dentre os modos de correção desta prática está a indicação prévia do programa, em seu início, de que o mesmo faz uso de técnicas de *merchandising*.¹²² O próprio Código de Autorregulamentação Publicitária¹²³ (artigo 10) refere que o *merchandising* submete-se a todas as normas relativas às outras espécies de publicidade, “em especial os princípios da ostensividade e da identificação publicitária”.

Neste particular, convém ainda distinguir o chamado *teaser*, como técnica de publicidade e sua adequação ao princípio da identificação. O *teaser*, referido como “o anúncio do anúncio”,¹²⁴ é aquela peça publicitária na qual não consta qualquer espécie de designação do fornecedor anunciante, nem do produto ou serviço anunciado, buscando gerar expectativa e curiosidade sobre qual o conteúdo do anúncio, a ser divulgado futuramente. Segundo dispõe o Código de Autorregulamentação Publicitária (artigo 9.º, § 2.º), “a mensagem que visa criar expectativa ou curiosidade no público poderá prescindir da identificação do anunciante, do produto ou do serviço”. De fato, o atendimento do princípio da publicidade deverá ser avaliado a partir da compreensão de toda a peça publicitária, desde seu anúncio prévio, no formato de *teaser*, até a divulgação da peça final, razão pela qual sua utilização parece ser admissível, contanto que não viole normas específicas do CDC, como as relativas à publicidade enganosa e abusiva.

Por fim, a *publicidade subliminar*, considerada aquela que tem por finalidade persuadir¹²⁵ o consumidor com relação às qualidades de determinado produto ou serviço, por intermédio de estímulos ao estado consciente ou inconsciente dos consumidores, de modo imperceptível pelos seus destinatários. Refere Adalberto Pasqualotto, sobre experiências norte-americanas, nas quais uma plateia de cinema foi induzida ao consumo de determinada marca de refrigerante e de milho, em razão de estímulos determinados pelo filme em exibição, o que consistiria em espécie de manipulação do público, razão pela qual deve ser vedada.¹²⁶

2.2.2.2.2 Princípio da veracidade

O princípio da veracidade informa o conteúdo da mensagem publicitária, estabelecendo que a mesma se componha exclusivamente de informações corretas e verdadeiras. O artigo 36, parágrafo único, do CDC, neste sentido, estabelece que “o fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os

122. Sugerem esta solução: PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 88; LOPES, Maria Elisabete Villça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, São Paulo: RT, 1992. p. 170.

123. Para o exame das disposições do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, veja-se: JACOBINA. *A publicidade no direito do consumidor*, p. 31 et seq.

124. BENJAMIN. *O código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 322.

125. Sobre as técnicas de persuasão da publicidade e seu tratamento pelo direito, veja-se a tese de doutoramento de: FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: RT, 2004. p. 117 et seq.

126. PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 90-91. Neste sentido, o artigo 10, item 3, da Diretiva 89/552/CEE, expressamente proíbe a adoção de técnicas subliminares.

dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem". Este princípio é reconhecido por majoritária doutrina,¹²⁷ constituindo uma das bases do regime jurídico da publicidade no CDC, e associado ao direito à informação do consumidor.

Observe-se que não há de se exigir neutralidade ou isenção da publicidade. Considerando que esta se vincula a um fim econômico específico, naturalmente que por esta razão será tendente a este objetivo. Todavia, em face do dever de lealdade que deve ser observado na fase pré-contratual, em face do princípio da boa-fé, ainda que se admita o caráter tendencioso da publicidade, seu limite deve ser o direito à informação do consumidor, e o correspondente dever de informar do fornecedor. Assim, não há de se considerar a possibilidade de omitir informações essenciais, que o próprio CDC determina que sejam prestadas com ampla divulgação, como é o caso das relativas aos riscos do produto ou do serviço, ou ainda as limitações da oferta publicitária, quando for o caso.

Da mesma forma, o CDC estabelece um dever de informar agravado com relação a certo público-consumidor, em vista da necessidade de se proteger determinados grupos de consumidores, como crianças e idosos. Com relação aos primeiros, a quem muitas vezes é endereçada publicidade com motivos fantasiosos ou irrealistas (personagens de desenho animado, pessoas que voam, dentre outros), não se trata de coibir o recurso a técnicas normais de persuasão, ou mesmo que tornam a publicidade mais agradável. Apenas é vedada a utilização destas técnicas de modo a aproveitar-se da falta de discernimento das crianças, sob pena desta publicidade ser considerada ilícita, por que abusiva.

O princípio da veracidade, pois, sustenta-se no paradigma do dever de prestar a informação correta. A medida desta correção se estabelece a partir do artigo 36, parágrafo único, do CDC. Correta, neste sentido, será a informação que guardar relação de conformidade com os fatos de natureza técnica ou científica relativos ao produto ou serviço anunciado.

A violação direta do princípio da veracidade caracteriza a publicidade enganosa, definida no artigo 37, § 1.º, do CDC, e cuja caracterização se dá de modo objetivo, bastando para tal que seja demonstrada a violação do dever. Ou seja, sem a necessidade de reconhecimento do elemento subjetivo dolo ou culpa.¹²⁸ Não se afigura como violação do princípio da veracidade, todavia, o exagero publicitário (*puffing*) quando utilizado como forma de atrair a atenção dos consumidores para determinada peça de publicidade,¹²⁹ porquanto sejam identificados de modo imediato nesta qualidade superlativa, as características ou funcionalidade de um determinado produto ou serviço anunciado.¹³⁰

127. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 81-82; PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 92 et seq; BENJAMIN. *O código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 317; BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicidade. Sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 4, 1994, p. 128; FERNANDES NETO. *Direito da comunicação social...*, p. 95. Valéria Falcão Chaise refere, com propriedade, a existência de um dever de veracidade, decorrente da boa-fé objetiva; CHAISE. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor...*, p. 64.

128. Neste sentido: PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 169-171; BENJAMIN. *O código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 329; CHAISE. *A publicidade no Código de Defesa do Consumidor...*, p. 34.

129. PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 97-98.

130. Entende Guilherme Fernandes Neto, entretanto, a necessidade de coibir-se sua prática. FERNANDES NETO. *O direito da comunicação social...*, p. 97.

O que se deverá reclamar com relação à publicidade em geral, como pressuposto do atendimento do princípio da veracidade, é o dever de objetividade por parte de todos os envolvidos na elaboração de um anúncio publicitário. Exige-se, pois, que a mensagem publicitária divulgada seja clara e objetiva quanto aos seus aspectos essenciais, de modo a compatibilizar a liberdade de criação publicitária e o direito básico do consumidor à informação.

2.2.2.3 Princípio da vinculação

O princípio da vinculação é aquele pelo qual se estabelece que a oferta publicitária vincula o fornecedor ao seu cumprimento nos termos do anúncio. O princípio da vinculação abrange, como já foi mencionado quando fez-se referência à oferta, tanto à publicidade – a oferta publicitária – quanto à oferta de consumo (artigo 30). Os efeitos do princípio se observam nas alternativas previstas no artigo 35 do CDC, que estabelece as consequências da realização da oferta e seu descumprimento, o que inclui as opções, a livre escolha do consumidor, de: "(...) I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos".

O princípio da vinculação resta consagrado como o aspecto distintivo mais relevante do regime jurídico da publicidade no CDC,¹³¹ uma vez que estabelece o surgimento de eficácia vinculativa à publicidade, independente da realização do contrato de consumo.

2.2.2.3 A eficácia vinculativa da publicidade

A eficácia vinculativa da publicidade, decorrente do princípio da vinculação, estabelece como consequência prática que o fornecedor, ao realizá-la, coloca-se em estado de sujeição, submetido que se encontra aos efeitos do exercício do direito formativo do consumidor de aceitar a oferta publicitária, e com isso, celebrar o contrato.¹³² Note-se que se exige que a informação veiculada seja suficientemente precisa, o que se há de realizar por qualquer meio publicitário, desde os veículos de comunicação, painéis, panfletos, *outdoors*, *e-mails*, *pop-ups* de internet, e demais instrumentos de mídia utilizados contemporaneamente, ou que venham a ser concebidos no futuro. O fundamento deste regime é a teoria da confiança e a proteção das expectativas legítimas do consumidor.

Entretanto, nem sempre foi assim. Era pouca ou nenhuma a eficácia jurídica reconhecida à publicidade no direito civil clássico. Em geral, a publicidade era tomada apenas em uma relação individual entre consumidor e fornecedor, sendo que a existência de prejuízos deveria ser comprovada pelo consumidor, e apenas seria ressarcível na hipótese de demonstrar-se intenção ou ardil do fornecedor, com a finalidade de causar prejuízo ao destinatário da publicidade. A conduta ordinária do fornecedor, mesmo que revele artifícios de convencimento do consumidor, era considerado como *dolus bonus*, ou seja, intenção não necessariamente de má-fé, visando

131. AMARAL JÚNIOR, Alberto. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14. São Paulo: RT, abr.-jun. 1995, p. 41-51; NERY JÚNIOR, Nelson. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3. São Paulo: RT, set.-dez. 1992, p. 44-77; MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 626-627; BENJAMIN. *O código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 317.

132. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 627.

promover a celebração do negócio. Neste sentido, não haveria necessidade de desfazimento do negócio (via anulação pelo defeito de dolo), quando eventual malícia do fornecedor não se revelasse tão grave a ponto de comprometer a própria razão de ser do contrato.¹³³

O reconhecimento, pelo CDC, de um direito formativo à celebração do contrato, estabelece ao fornecedor um dever de sujeição, ou seja, da sua impossibilidade de impedir a produção dos efeitos decorrentes do exercício do direito pelo consumidor. A origem desta eficácia vinculante e do direito-poder do consumidor de concluir o contrato por intermédio da simples aceitação da oferta do consumidor decorre da própria alteração do conceito de obrigação como fenômeno estático, para sua concepção de modo dinâmico, como espécie de relação obrigacional. Esta se traduz pela associação do dever principal de realização da prestação, com diversos outros deveres secundários, caracterizados como deveres de conduta (informação, não causar danos, sigilo etc.), assim como o dever de colaborar e ser leal com a contraparte.¹³⁴ A conclusão desta diversidade de deveres impostos aos fornecedores, determina sua eficácia própria, que é a vinculação do fornecedor, dependente da aceitação do consumidor.

Impõe perguntar-se de qual a natureza da responsabilidade do fornecedor pela oferta ou publicidade que promove, se pré-contratual, ou autenticamente contratual, em face da aceitação manifestada pelo consumidor. Como ensina Antônio Junqueira de Azevedo, “a fase pré-contratual pode ser decomposta, singelamente, em duas fases menores: a das negociações e a da oferta”.¹³⁵ Falar-se em responsabilidade pré-contratual, em decorrência da oferta ou da publicidade, embora tenha todo sentido no regime contratual do Código Civil, não parece ser possível com relação aos contratos de consumo. Como ensinam os estudiosos da matéria, a responsabilidade pré-contratual pressupõe a inexistência do contrato,¹³⁶ seja por sua invalidade (teoria da *culpa in contrahendo* de Ihering)¹³⁷ ou ausência da celebração, assim como a violação de deveres oriundos da mera oferta, ou das negociações preliminares estabelecidas.¹³⁸ No direito civil, é reconhecida a possibilidade de responsabilidade pré-contratual em face da revogação dolosa ou abusiva da oferta.¹³⁹ No caso do CDC, ao se reconhecer o direito formativo do consumidor à aceitação da oferta ou publicidade promovida pelo fornecedor, deu-se ao aceitante o poder de constituir ou não a relação contratual.¹⁴⁰ Logo, havendo aceitação e, após, recusa no cumprimento dos termos da oferta, são reconhecidas ao consumidor as pretensões relacionadas no artigo 35 do CDC, quais sejam: a de exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. A própria menção da possibilidade de rescisão,

133. PASQUALOTTO. *Os efeitos obrigacionais da publicidade...*, p. 70-73.

134. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 614. LARENZ. *Derecho de obligaciones...*, t. I, p. 154-155.

135. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Responsabilidade pré-contratual...*, p. 175.

136. CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 15 et seq. No mesmo sentido, no direito argentino, veja-se o aprofundado estudo de SOZZO, Gonzalo. *Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005. p. 17 et seq.

137. CHAISE. *A publicidade...*, p. 43.

138. Neste sentido, o trabalho de: ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 34 et seq.

139. SOZZO. *Antes del contrato...*, p. 210-211.

140. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Responsabilidade pré-contratual...*, p. 182.

no artigo 35, III, induz concluir sobre a existência do contrato,¹⁴¹ e com isso, a possibilidade de rescisão, com direito a restituição dos valores já pagos, assim como eventuais perdas e danos, na hipótese de violação do dever contratual de realizar a prestação pelo fornecedor.

As pretensões relacionadas no artigo 35 do CDC são de livre escolha do consumidor, em acordo com o seu interesse. A eficácia vinculante da oferta, neste sentido, enseja a imputação de responsabilidade autenticamente contratual ao fornecedor, razão pela qual o conteúdo da pretensão do consumidor pode exigir, desde o cumprimento forçado – via execução específica (artigo 84 do CDC e artigos 461 e 461-A do CPC), até o desfazimento do negócio e eventual indenização.

2.2.2.4 *A publicidade ilícita*

A publicidade ilícita, no regime estabelecido pelo CDC, é toda aquela que viola os deveres jurídicos estabelecidos nesta norma na realização, produção e divulgação de mensagens publicitárias. Assim, é ilícita, por exemplo, a publicidade que viola o princípio da identificação, o princípio da veracidade, assim como constitui ato ilícito (porém, não necessariamente publicidade ilícita), a recusa, pelo fornecedor, de atender aos termos da oferta publicitária.

Contudo, no que diz respeito à publicidade ilícita expressamente referida no CDC, duas são as espécies previstas: a *publicidade enganosa* e a *publicidade abusiva*. A publicidade enganosa é aquela que viola o dever de veracidade e clareza estabelecidos pelo CDC. Já a publicidade abusiva é aquela que viola valores ou bens jurídicos considerados relevantes socialmente (tais como meio ambiente, segurança e integridade dos consumidores), assim como a que se caracteriza pelo apelo indevido a vulnerabilidade agravada de determinados consumidores, como crianças e idosos.

Tanto a publicidade enganosa, quanto a publicidade abusiva são proibidas pelo artigo 37, *caput*, do CDC. A consequência própria destas espécies de publicidade ilícita, além da evidente vedação de sua veiculação, no caso de já ter havido divulgação, será a imposição da contrapropaganda, prevista no artigo 56, XII, assim como eventuais sanções penais, a teor do que estabelece o artigo 67 do CDC. Da mesma forma, sendo comprovados danos materiais ou morais, a título individual ou coletivo, em razão da veiculação da publicidade ilícita, serão abrangidos por pretensão indenizatória das vítimas, ou dos legitimados para a tutela coletiva, quando for o caso.

2.2.2.4.1 *Publicidade enganosa*

A definição da publicidade enganosa, prevista no artigo 37, § 1.º, do CDC, refere: “É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

O elemento principal da definição jurídica em questão é a aptidão da publicidade de *induzir o consumidor em erro*. Nota Claudia Lima Marques, que sua caracterização como publicidade ilícita, ou seja, ato ilícito civil, poderia fazer surgir discussão sobre a necessidade de

141. MARQUES. *Contratos...*, p. 644.

demonstração da culpa do fornecedor na realização do efeito projetado desta publicidade. Todavia, considera-se nesta hipótese de que há uma presunção de culpa do fornecedor, que proibido de promover a publicidade enganosa, terminou por realizá-la.¹⁴² Neste sentido, exonera-se da responsabilidade apenas se conseguir demonstrar, nesta hipótese, que o caráter enganoso da publicidade decorre de caso fortuito.¹⁴³ Em sentido contrário, Fábio Ulhôa Coelho pondera que o caráter enganoso da publicidade não prescinde da demonstração do dolo do fornecedor, em promover anúncio publicitário que tenha a aptidão de induzir o consumidor em erro.¹⁴⁴

A publicidade é considerada enganosa quando há divulgação total ou parcialmente falsa, ou ainda quando há omissão de informações relevantes à compreensão pelo consumidor, das características, qualidades e utilidades do produto ou do serviço objeto do anúncio publicitário (“Artigo 37, § 3.º. Para os efeitos deste Código a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”).¹⁴⁵ Todavia, há de se conside-

142. “(...) 5. A publicidade enganosa, a luz do Código de Defesa do Consumidor (art. 37 do CDC), não exige, para sua configuração, a prova da vontade de enganar o consumidor, tampouco tal nefanda prática também colha que deva estar evidenciada de plano sua ilegalidade, ou seja, a publicidade pode ter aparência de absoluta legalidade na sua vinculação, mas, por omitir dado essencial para formação do juízo de opção do consumidor, finda por induzi-lo a erro ou tão somente coloca dúvidas acerca do produto ou serviço oferecido, contaminando sua decisão. 6. Em razão do princípio da veracidade da publicidade, fica evidenciado que a publicidade veiculada pela recorrida é capaz de induzir o consumidor a erro quanto ao preço do serviço, podendo ser considerada enganosa. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (STJ, REsp 1.317.338/MG, 2.ª T., j. 19.03.2013, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 01.04.2013).
143. MARQUES. *Contratos...*, p. 678. Da mesma forma: BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 329.
144. Neste sentido Fábio Ulhôa Coelho, em seus comentários ao artigo 37 do CDC, OLIVEIRA, Juarez de (org.) *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 161.
145. “Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Prequestionamento. Publicidade enganosa por omissão. Aquisição de refrigerantes com tampinhas premiáveis. Defeitos de impressão. Informação não divulgada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Omissão. Inexistência. Embargos de declaração. Responsabilidade solidária por publicidade enganosa. Reexame fático-probatório. – O Recurso Especial carece do necessário questionamento quando o aresto recorrido não versa sobre a questão federal suscitada. – Há relação de consumo entre o adquirente de refrigerante cujas tampinhas contém impressões gráficas que dão direito a concorrer a prêmios e o fornecedor do produto. A ausência de informação sobre a existência de tampinhas com defeito na impressão, capaz de retirar o direito ao prêmio, configura-se como publicidade enganosa por omissão, regida pelo Código de Defesa do Consumidor. – A comprovação do dissídio jurisprudencial exige o cotejo analítico entre os julgados tidos como divergentes e a similitude fática entre os casos confrontados. – Inexiste omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração quando o órgão julgador pronuncia-se sobre toda a questão posta à desate, de maneira fundamentada. – É solidária a responsabilidade entre aqueles que veiculam publicidade enganosa e os que dela se aproveitam, na comercialização de seu produto. – É inviável o reexame fático-probatório em sede de Recurso Especial. Recursos Especiais conhecidos parcialmente e não providos” (STJ, REsp 327.257/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.06.2004, DJU 16.11.2004. p. 272). No mesmo sentido, recente decisão do STJ reconhecendo como enganosa a publicidade de medicamento que ofertava a cura do câncer, contrariamente a todas as informações técnicas disponíveis: “Recurso especial. Direito do consumidor. Ação indenizatória. Propaganda enganosa. Cogumelo do sol. Cura do câncer. Abuso de direito. Art. 39, inciso IV, do CDC. Hipervulnerabilidade. Responsabilidade objetiva. Danos morais. Indenização devida. Dissídio jurisprudencial comprovado. 1. Cuida-se de ação por danos morais proposta por consumidor ludibriado por propaganda enganosa, em ofensa a direito subjetivo do

rar que, em termos de linguagem, e das técnicas adotada pela publicidade, a determinação do que seja verdadeiro ou falso é de difícil verificação, uma vez que, em termos linguísticos, certa mensagem poderá ser considerada verdadeira, mas ao se ter em conta também o modo como a informação é divulgada no anúncio publicitário, poderá ser apreendido de modo diverso pelo público consumidor. Segundo ensina a doutrina, “entende-se por dado essencial aquele que influi ou pode influir na escolha econômica do consumidor; que se estivesse previsto na publicidade o levaria a adotar um comportamento econômico diverso”.¹⁴⁶ Daí porque o legislador tenha feito referência à finalidade de induzir em erro, como elemento determinante para definição da publicidade enganosa.¹⁴⁷ Ou seja, o decisivo não é a identificação de um equívoco na mensagem, senão sua tomada em conjunto, na percepção do consumidor leigo e vulnerável, como apta promover o resultado concreto da indução em erro. Trata-se de assegurar, nesta disposição, a proteção da confiança do consumidor frente à promoção da atividade publicitária pelo fornecedor.

Uma questão da maior importância, contudo, é a extensão da responsabilidade dos sujeitos envolvidos na concepção, realização e divulgação do anúncio publicitário. O artigo 38, estabelece que “o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Já o artigo 60, ao impor a sanção de contrapropaganda, refere que “a imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa e abusiva, nos termos do artigo 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator”. Já com relação às sanções penais relativas à promoção de publicidade enganosa (artigo 67 do CDC) e abusiva (artigo 68 do CDC), exige a norma penal que se demonstre a presença do elemento subjetivo (com a expressão “sabe ou deveria saber”).

Isto provoca a discussão, no âmbito civil, sobre a extensão da responsabilidade pela promoção da publicidade enganosa, se própria do fornecedor, ou passível de ser estendida para os demais sujeitos que participam de sua criação, produção e divulgação. A princípio, cumpre ao fornecedor, no âmbito civil, a responsabilidade pela guarda dos dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem publicitária divulgada (artigo 36, parágrafo único). Da

consumidor de obter informações claras e precisas acerca de produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. 2. O Código de Defesa do Consumidor assegura que a oferta e apresentação de produtos ou serviços propiciem informações corretas, claras, precisas e ostensivas a respeito de características, qualidades, garantia, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, além de vedar a publicidade enganosa e abusiva, que dispensa a demonstração do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para sua configuração. 3. A propaganda enganosa, como atestado pelas instâncias ordinárias, tinha aptidão a induzir em erro o consumidor fragilizado, cuja conduta subsume-se à hipótese de estado de perigo (art. 156 do Código Civil). 4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes. 5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se in re ipsa em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor. 6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1329556/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 25.11.2014, DJe 09.12.2014).

146. DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: RT, 2010, p. 140.
147. No direito francês, o artigo L 121-1 do *Code de la Consommation* define de modo bastante abrangente a publicidade enganosa, fazendo menção a elementos específicos da apresentação do produto ou serviço, modo e resultados de sua utilização ou fruição. CALAIS-AULOY/STEINMETZ. *Droit de la consommation*, p. 127.

mesma maneira, é seu o ônus de provar a veracidade da informação (artigo 38). Neste sentido mencione-se, no direito comparado, que o que o Código de Publicidade de Portugal confere o ônus de demonstrar a veracidade da peça publicitária também às agências e emissoras de televisão. Originalmente, no que se refere aos efeitos patrimoniais decorrentes da realização da publicidade enganosa, tais como o custeio da contrapropaganda e eventuais indenizações, questiona-se sobre a possibilidade de responsabilização dos outros sujeitos que auxiliaram na divulgação do anúncio publicitário, tais como a agência de publicidade, o veículo de comunicação ou as pessoas naturais que nele aparecem (tais como celebridades, artistas etc.). Duas são as linhas de entendimento sobre o assunto. Em defesa da responsabilidade objetiva e solidária dos demais sujeitos, tais como agências de publicidade e veículos de comunicação, argumenta-se que estes também são remunerados pelos ganhos da publicidade, razão pela qual devem responder de modo objetivo e solidário por eventuais danos aos consumidores.¹⁴⁸ Observa recente precedente do STJ que “na realidade, o disposto no artigo 38 do Código de Defesa do Consumidor disciplina tão somente o sujeito e o objeto da prova, não afastando, em momento algum, a responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo (art. 7.º do CDC), especialmente quando não é possível indicar o paradeiro do patrocinador do anúncio publicitário”.¹⁴⁹

O mesmo argumento é utilizado, pela doutrina, no que se refere à responsabilidade das celebridades que participam de anúncios publicitários, emprestando sua credibilidade perante o público para promoção de produtos ou serviços, razão pela qual deveriam arcar com os riscos decorrentes desta atuação.¹⁵⁰

Entendemos, contudo, que deve ser distinto o tratamento com relação à agência de publicidade ou dos veículos de comunicação¹⁵¹ que divulgam o anúncio publicitário. Em primeiro lugar, sua consideração como integrantes da cadeia de fornecimento, parece ser imprópria.¹⁵² A

148. RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 454. SCARTEZZINI GUIMARÃES, Paulo Jorge. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2001, p. 152 e 195. FERNANDES NETO. *Direito da comunicação social...*, p. 231-232. NERY JUNIOR. *Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor...*, p. 58. Reconhecendo-os como espécie de “fornecedores equiparados”: BESSA. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor...*, p. 86. Fazendo referência à responsabilidade das agências de publicidade: LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1997, p. 317. Neste sentido, indicando a responsabilidade solidária da emissora de televisão pela publicidade enganosa nela veiculada (“Telessena”): “*Publicidade enganosa*. A divulgação, informada por culpa grave, de publicidade manifestamente enganosa, pode acarretar a responsabilidade pelo ressarcimento de eventuais danos aos consumidores” (STJ, REsp 92.395/RS, j. 05.02.1998, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 06.04.1998, p. 98).

149. STJ, REsp 1.391.084/RJ, 3.ª T., j. 26.11.2013, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 25.02.2014.

150. SCARTEZZINI GUIMARÃES. *A publicidade ilícita...*, p. 195.

151. Já sustentamos, em estudo anterior, a inaplicabilidade do CDC ao conteúdo editorial dos órgãos de comunicação social: MIRAGEM. *Responsabilidade civil da imprensa...*, p. 193-194. Em sentido contrário ao nosso entendimento, e defendendo a aplicação conjunta da Lei de Imprensa (Lei 5.250/67) e do CDC, veja-se o estudo de: PODESTÁ, Fábio Henrique. *Interesses difusos, qualidade da comunicação e controle judicial*. São Paulo: RT, 2002, p. 126-129. Em 2009, todavia, ao julgar a ADPF 130-7/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela não recepção da Lei de Imprensa pela Constituição de 1988, em face de sua inconstitucionalidade (STF, ADPF 130-7, rel. Min. Carlos Ayres Britto, DJ 06.11.2009).

152. Afastando a qualificação da empresa jornalística como integrante da cadeia de fornecimento em razão da publicação de anúncios classificados: “Civil. Recurso Especial. Ação de reparação por

introdução do produto ou serviço no mercado não é dependente da realização da publicidade e sua promoção pelos veículos de comunicação. Da mesma forma, os artigos 36, parágrafo único, e 38, estabelecem deveres de guarda das informações e de prova da veracidade das alegações veiculadas pela publicidade ao fornecedor. Não que se exima a responsabilidade das agências de publicidade e dos veículos de comunicação do cumprimento dos deveres estabelecidos pelo CDC. Entretanto, não nos parece haver como qualificá-los como fornecedores,¹⁵³ razão pela qual estariam excluídos do regime da responsabilidade objetiva do CDC,¹⁵⁴ a não ser quando atuem

danos materiais. Publicação de anúncio em classificados de jornal. Ocorrência de crime de estelionato pelo anunciante. Incidência do CDC. Responsabilidade do jornal. 1. O recorrido ajuizou ação de reparação por danos materiais, em face da recorrente (empresa jornalística), pois foi vítima de crime de estelionato praticado por meio de anúncio em classificados de jornal. 2. Nos contratos de compra e venda firmados entre consumidores e anunciantes em jornal, as empresas jornalísticas não se enquadram no conceito de fornecedor, nos termos do artigo 3.º do CDC. 3. A responsabilidade pelo dano decorrente do crime de estelionato não pode ser imputada à empresa jornalística, visto que essa não participou da elaboração do anúncio, tampouco do contrato de compra e venda do veículo. 4. O dano sofrido pelo consumidor deu-se em razão do pagamento por um veículo que não foi entregue pelo anunciante, e não pela compra de um exemplar do jornal. Ou seja: o produto oferecido no anúncio (veículo) não tem relação com o produto oferecido pela recorrente (publicação de anúncios). 5. Assim, a empresa jornalística não pode ser responsabilizada pelos produtos ou serviços oferecidos pelos seus anunciantes, sobretudo quando dos anúncios publicados não se infere qualquer ilicitude. 6. Dessarte, inexistente nexos causal entre a conduta da empresa e o dano sofrido pela vítima do estelionato. 7. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 1.046.241/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 12.08.2010, DJe 19.08.2010).

153. “Civil e Processual. Ação de cobrança, cumulada com indenização por danos morais. Contratação de empréstimo junto à instituição financeira. Depósito de importância a título de primeira prestação. Crédito mutuado não concedido. Atribuição de responsabilidade civil ao prestador do serviço e à rede de televisão que, em programa seu, apresentara propaganda do produto e serviço. ‘Publicidade de palco’. Características. Finalidade. Ausência de garantia, pela emissora, da qualidade do bem ou serviço anunciado. Mera veiculação publicitária. Exclusão da lide. Multa procrastinatória aplicada pela instância ordinária. Propósito de prequestionamento. Exclusão. Súmula 98 do STJ. CDC, artigos 3.º, 12, 14, 18, 20, 36, parágrafo único, e 38; CPC, artigo 267, VI. I. A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do artigo 3.º da Lei 8.078/1990, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada ‘publicidade de palco’. II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva *ad causam*, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir corresponsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. III. ‘Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório’ (Súmula 98/STJ). IV. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 1.157.228/RS, 4.ª T., j. 03.02.2011, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 27.04.2011).
154. Antonio Herman Benjamin, na hipótese, defende a tese da *responsabilidade solidária limitada* das agências e veículos de comunicação, mediante demonstração da culpa. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 356. No mesmo sentido: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 539. Lucia de Magalhães Dias, por sua vez, sustenta a responsabilidade da agência de publicidade no caso da divulgação da publicidade ilícita, ainda que não responda pelo cumprimento da oferta. Mas a exclui em relação aos veículos de comunicação, invocando para tanto a impossibilidade prática de verificarem todos os anúncios que veiculam. No tocante às celebridades, admite a responsabilização apenas nas hipóteses de dolo em culpa grave, quando endossam mensagens sabidamente falsas ou que deveriam perceber como tal no uso de diligência ordinária. DIAS,

diretamente prestando serviço, e, portanto na qualidade própria de fornecedores.¹⁵⁵ Caso contrário, trata-se de responsabilidade no regime comum, por ato ilícito (artigo 186 do CC), mediante demonstração da culpa pela violação do dever de veracidade estabelecido no artigo 36 do CDC, ou ainda de responsabilidade objetiva por abuso do direito (artigo 187 do CC). Note-se, contudo, que mesmo no sistema do direito comum, a noção de culpa vem observando tendência de objetivação, não mais se vinculando à ideia de previsibilidade do dano, evoluindo para sua caracterização mediante violação de parâmetros objetivos de conduta (*standards*),¹⁵⁶ como será o caso nesta hipótese. Sobretudo se considerarmos, neste caso, que se tratem de profissionais, conhecedores da técnica de publicidade, indicativo de que a princípio não seria escusável o equívoco, presumindo-se que tenha sido causado por negligência ou imperícia.

2.2.2.4.2 Publicidade abusiva

A publicidade abusiva é definida pelo artigo 37, § 2.º, do CDC, nos seguintes termos: “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”. O caráter abusivo da publicidade, neste sentido, percebe-se em duas vertentes: a) a mera ilicitude, derivada da contrariedade direta a norma, como por exemplo, o artigo 3.º, IV, e 5.º, *caput*, da Constituição da República, que estabelecem expressa vedação à discriminação de qualquer natureza; e b) aquela que contrária à boa fé ou aos bons costumes, incita comportamentos prejudiciais ao indivíduo ou à comunidade.¹⁵⁷ Em ambos os casos, o abuso do direito manifesta-se pela violação por quem exerce a publicidade comercial, de normas legais ou princípios jurídicos que visam proteger o sentimento geral da comunidade,

Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: RT, 2010, p. 303-307. Sobre o tema decidiu o STJ: “*Recurso especial. Prequestionamento. Inocorrência. Súmula 282/STF. Falta de combate aos fundamentos do acórdão. Aplicação analógica da Súmula 182. Princípio da dialeticidade recursal. Ação civil pública. Consumidor. Veículos de comunicação. Eventual propaganda ou anúncio enganoso ou abusivo. Ausência de responsabilidade. CDC, artigo 38. Fundamentos constitucionais. I – Falta prequestionamento quando o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão recorrido. II – É inviável o recurso especial que não ataca os fundamentos do acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 182. III – As empresas de comunicação não respondem por publicidade de propostas abusivas ou enganosas. Tal responsabilidade toca aos fornecedores-anunciantes, que a patrocinaram (CDC, artigos 3.º e 38). IV – O CDC, quando trata de publicidade, impõe deveres ao anunciante – não às empresas de comunicação (CDC, artigo 3.º). V – Fundamentação apoiada em dispositivo ou princípio constitucional é imune a recurso especial” (STJ, REsp 604.172/SP, j. 27.03.2007, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 21.05.2007, p. 568).*

155. Assim, a decisão do STJ: “*Televisão. Show do milhão. Código de Defesa do Consumidor. Prática abusiva. A emissora de televisão presta um serviço e como tal se subordina às regras do Código de Defesa do Consumidor. Divulgação de concurso com promessa de recompensa segundo critérios que podem prejudicar o participante. Manutenção da liminar para suspender a prática. Recurso não conhecido” (STJ, 4.ª T, REsp 436.135/SP, j. 17.06.2003, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 12.08.2003 p. 231).*
156. TEPEDINO/BARBOSA/BODIN DE MORAES. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, t. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 333.
157. Guilherme Fernandes Neto vai identificar na hipótese espécie de ilícito por afronta à confiança, oriundo do processo comunicativo. Para detalhes, veja-se: FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: RT, 2004. p. 212 et seq.

expressos ou não na legislação. Na segunda hipótese, o caráter abusivo da publicidade vai se caracterizar pela violação de valores social ou juridicamente apreciados e protegidos, bem como o aproveitamento de situação de vulnerabilidade agravada do consumidor.

A própria definição do que se considere como publicidade abusiva constitui espécie de conceito jurídico indeterminado. Sua determinação e precisão vão se dar, portanto, no momento da aplicação da norma ao caso concreto.¹⁵⁸ Para tanto, há de se considerar a intensidade da ofensa que aquela determinada publicidade pode causar diretamente ao público, ou mesmo aos valores éticos da sociedade,¹⁵⁹ bem como os direitos fundamentais e demais normas asseguradas na Constituição e no restante do ordenamento.¹⁶⁰

O CDC, ao definir a publicidade abusiva, o faz por intermédio de enumeração exemplificativa (*numerus apertus*), podendo o juiz e demais autoridades ocupadas da defesa dos direitos dos consumidores, identificarem situações específicas em que o anúncio publicitário termine se revestindo de abusividade. A regra, é de que a publicidade não seja ofensiva.¹⁶¹ Neste sentido, o próprio artigo 37 faz referência a comportamentos que se caracterizam de modo geral ou de forma tópica, como ofensivos à comunidade, tais como os que incitem à violência, à discriminação, explorem o medo, aproveitem-se de deficiências de informação de determinados grupos de consumidores – como crianças¹⁶² e idosos –, assim como violem valores ambientais ou incitem um comportamento prejudicial ao próprio destinatário.

Os efeitos da publicidade abusiva, por sua própria natureza, alcançam toda a comunidade. Assim, não apenas os consumidores que venham a ser diretamente ofendidos ou afetados pela mensagem publicitária são legítimos para demandar por eventuais prejuízos. O caráter difuso inerente à ofensa decorrente desta espécie de publicidade induz ao recurso da tutela coletiva, sem prejuízo da legitimidade individual para reclamar danos pessoalmente sofridos.

Da mesma forma, considerando os efeitos deletérios que muitos anúncios contendo publicidade abusiva podem causar à comunidade, à estrutura social, ao comportamento de crianças, ou ao sentimento de pessoas¹⁶³ ou grupos, a sanção de contrapropaganda prevista nos artigos 56, XII, e 60 do CDC revelam-se altamente eficazes.

2.2.2.5 A publicidade restrita

Além da publicidade considerada ilícita, segundo definição do artigo 37 do CDC, outra espécie merece ser examinada, à luz da proteção constitucional do consumidor, a *publicidade*

158. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa. Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 229.

159. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 539.

160. Com o objetivo de colher exemplos de publicidade abusiva, Antonio Herman Benjamin cita diversas situações, cotejando-as com a violação de normas específicas da Constituição da República. BENJAMIN, Antonio Herman. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 341.

161. Neste sentido, aliás, dispõe o artigo 20, do Código de Autorregulamentação Publicitária, do CONAR.

162. Para o exame da questão, na perspectiva de direito comparado, veja-se: FROTA, Mário. *A publicidade de infante-juvenil. Perversões e perspectivas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006. p. 49 et seq.

163. Recorde-se, neste sentido, a campanha publicitária produzida há alguns anos atrás, por uma conhecida grife de moda, na qual se recorria a figura de um paciente enfermo de AIDS, em estado terminal, que contava com a companhia de sua família, nos momentos finais. Dado o aspecto de grande sofrimento do mesmo, questionou-se sobre o sentimento das pessoas portadoras do vírus HIV, quando defrontadas com a imagem, razão por que se considerou a mesma abusiva.

restrita. Trata-se da publicidade de produtos, que por serem considerados nocivos ou perigosos à saúde dos consumidores, foram objeto de norma constitucional expressa determinando a necessidade da restrição de anúncios publicitários que promovam seu consumo. Tais restrições, segundo o artigo 220, § 4.º, da Constituição da República, deve ser feita por lei federal. Os produtos em questão, cuja publicidade está subordinada às restrições legais estabelecidas, são o tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e medicamentos, assim como as terapias (em geral prestadas na forma de serviços). Dispõe o § 4.º, do artigo 220, da Constituição da República: “A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterà, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes do seu uso”.

No que se refere à publicidade de tabaco e bebidas alcoólicas, esta foi regulada inicialmente, pela Lei 9.294, de 15 de julho de 1996. Posteriormente, a referida norma foi alterada com a vigência da Lei 10.167, de 27 de dezembro de 2000, e pela Medida Provisória 2.190-34, de 23 de agosto de 2001. Um grave déficit da lei, com relação à proteção constitucional materializada nesta determinação de restrição, é a definição legal de bebida alcoólica como aquelas com graduação alcoólica superior a treze graus Gay Lussac, o que coloca fora do alcance das restrições estabelecidas a publicidade de cerveja, ou de bebidas ice, por exemplo. Tal definição, contudo, foi considerada constitucional pelo STF.¹⁶⁴ Já com relação ao tabaco, a restrição legal originalmente permitia apenas a publicidade “através de pôsteres, painéis e cartazes, na parte interna dos locais de venda”. Todavia, em 2011, a Lei 12.546, alterou o art. 3.º da Lei 9.294/96, que passou a vigorar proibindo qualquer espécie de publicidade, nos seguintes termos: “É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2.º, 3.º e 4.º deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo”.

Observa-se, sem dúvida, uma tendência mundial na restrição da publicidade de produtos nocivos e perigosos à saúde, e em especial, do cigarro.¹⁶⁵ Nos Estados Unidos, por exemplo, desde 1965, há legislação específica sobre o tema. Primeiro, o *Cigarette Labeling and Advertising Act*,¹⁶⁶ que dispôs sobre informação e advertências nas embalagens de cigarro e na publicidade. Já em 1969, com o *Public Health Cigarette Smoking Act*,¹⁶⁷ foi totalmente proibida a publicidade

164. “Constitucional. Lei Federal. Restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas etc. Impugnação do dispositivo que define o que é bebida alcoólica para os fins de propaganda. Alegada discriminação legal quanto às bebidas com teor alcoólico inferior à treze graus Gay Lussac. A subtração da norma do corpo da lei, implica em atuar este tribunal como legislador positivo, o que lhe é vedado. Matéria para ser dirimida no âmbito do Congresso Nacional. Precedentes. Ação não conhecida” (STF, ADIn 1755-5/DF, Pleno, rel. Min. Nelson Jobim, DOU 08.06.2001, p. 4). No mesmo sentido, a decisão do STF com efeito vinculante, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 22, julgada em 2015: ADO 22, rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 22.04.2015, p. 03.08.2015.

165. Para uma visão da questão, veja-se nosso parecer, em conjunto com Claudia Lima Marques, publicado na Revista de direito do consumidor, n. 59: MARQUES/MIRAGEM. Constitucionalidade das restrições..., p. 197 et seq. Da mesma forma, veja-se o autorizado estudo de HOWELLS, Geraint. *The tobacco challenge*. Legal policy and consumer protection. Farnham: Ashgate, 2011. p. 1 e ss.

166. JACOBSON, Peter D.; WASSERMAN, Jeffrey. *Tobacco Control Laws – Implementation and Enforcement*, Rand P., Washington, 1997. p. 6.

167. *Idem*, *ibidem*.

de cigarros em rádio e televisão. No direito europeu, a Diretiva 89/622/CEE do Conselho, de 13 de novembro de 1989, implementou a obrigação de informação nas embalagens dos cigarros, com advertência sobre os malefícios do seu uso, matéria regulada recentemente, pela Diretiva 2001/37/CE, de 5 de junho de 2001. Da mesma forma, a Diretiva 2003/33/CE, de 26 de maio de 2003, proibiu a publicidade de produtos de tabaco na imprensa em geral, rádio, e serviços da sociedade da informação, bem como o patrocínio de programas radiofônicos e de eventos internacionais (como o campeonato de Fórmula-1, por exemplo).

No caso da bebida alcoólica, seu consumo é objeto de inúmeros estudos, abordando desde os efeitos para o desenvolvimento do indivíduo, a desagregação familiar, assim como os custos sociais, decorrentes de acidentes e outros danos causados pelo abuso do consumo. Os efeitos da publicidade no estímulo ao consumo de álcool são comprovados por diversos estudos. Segundo pesquisa especializada, a proibição total da publicidade de bebida alcoólica nos Estados Unidos reduziria em 24% o consumo de álcool entre adolescentes, assim como diminuiria 42% o consumo abusivo nessa faixa etária.¹⁶⁸ Da mesma forma, Casswell e Zhang referem que a publicidade da bebida que apresenta o ato de beber em seu contexto cultural tem a tendência de estimular crenças e expectativas do seu público-alvo, de modo a se projetar geração após geração.¹⁶⁹

A Lei 9.294/96,¹⁷⁰ na sua redação vigente, estabelece em seu artigo 4.º a limitação de horário para veiculação de publicidade de álcool em rádio e televisão, entre as vinte uma e seis horas, assim como proíbe a associação do produto a qualquer esporte olímpico ou de competição, ao desempenho saudável de qualquer atividade, à condução de veículos e a imagens ou ideias de maior êxito ou sexualidade pessoal. Da mesma forma, determina como obrigatória a advertência, nos rótulos das embalagens de bebidas alcoólicas, visando evitar o consumo excessivo de álcool (artigo 4.º, § 2.º).

No que se refere aos medicamentos, apenas aqueles qualificados como anódinos, de venda livre, poderão ser objeto de publicidade nos meios de comunicação (artigo 7.º),¹⁷¹ sendo que deverá constar na publicidade obrigatoriamente, a referência de que em “caso persistirem os sintomas, um médico deverá ser consultado”. Os demais são restritos à publicidade em publicações especializadas, dirigidas a profissionais ou instituições de saúde. Já a publicidade de defensivos agrícolas e agrotóxicos, só poderá ser realizada em publicações especializadas, com informações completas sobre “sua aplicação, precauções no emprego, consumo ou utilização, segundo o que dispuser o órgão competente” (artigo 8.º).

O fundamento das restrições constitucionais e legais à publicidade, conforme já mencionamos, consistem em outros direitos fundamentais previstos na Constituição da República, quais sejam: a proteção do consumidor (artigo 5.º, XXXII) e o direito à saúde (artigo 196), a proteção da criança e do adolescente (artigo 227), acrescentando-se, no caso dos agrotóxicos,

168. A referência é do excelente estudo de Sebastião Moreira Júnior, para a Consultoria Jurídica do Senado Federal: SAFFER, H.; DAVE, D. Alcohol advertising and alcohol consumption by adolescents. *National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 9.676*, Cambridge, 2003, apud MOREIRA JÚNIOR. Sebastião. *Regulação da publicidade das bebidas alcoólicas*. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2005. mimeo, p. 16.

169. ZHANG, J.; CASSWELL, S. *Impact of liking for advertising and brand allegiance on drinking and alcohol-related aggression: a longitudinal study*. *Addiction*, v. 93, n. 8, p. 1.209-1.217, ago. 1998, apud MOREIRA. *Regulação da publicidade das bebidas alcoólicas*, p. 18.

170. A Lei 9.294/96 foi regulada pelo Decreto 2.018, de 1.º de outubro de 1996.

171. Sem prejuízo da regulamentação administrativa, como é o caso da Resolução 102, de 30 de novembro de 2000, da ANVISA.

o direito ao meio ambiente sadio (artigo 225). Neste sentido, a restrição à liberdade publicitária deverá ser observada frente ao princípio da proporcionalidade, sobretudo em vista da adequação entre meios e fins a serem obtidos com a restrição. Afigura-se, portanto, legítima a legislação que, realizando o mandamento constitucional, estabelece as restrições à publicidade em conformidade ao determinado pelas normas constitucionais respectivas.

Da mesma forma, com fundamento na proteção da saúde e segurança da criança, a Lei Federal 11.265/2006, ao promover o aleitamento materno dos recém-nascidos, estabelece em seu artigo 4.º, a proibição da promoção comercial dos produtos, fabricados no País ou importados, que contenham fórmulas infantis para lactentes e fórmulas infantis de seguimento para lactentes de nutrientes apresentada ou indicada para recém-nascido de alto risco, bem como mamadeiras, bicos e chupetas. A proibição da publicidade em questão será feita na forma de regulamento, no caso a Resolução da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (RDC n. 222/2002). O mesmo ocorre com a publicidade de armas de fogo, autorizada apenas em publicações especializadas, sob pena de multa de até R\$ 300.000,00, conforme estabelece o artigo 33, inciso II, da Lei 10.826/2003, e o artigo 268, do Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados (Decreto 3.665/2000).¹⁷²

2.2.2.6 Publicidade comparativa

A publicidade comparativa é técnica amplamente utilizada em muitos países, embora ainda incipiente no Brasil. Trata-se de tema que associa o direito do consumidor, o direito da concorrência e também a proteção da marca pelo direito da propriedade intelectual. Por publicidade comparativa entenda-se aquela na qual o anunciante busca destacar as vantagens de seus produtos e serviços em comparação a outros ofertados no mercado. Visa com isso distinguir e promover seus produtos e serviços em relação aos demais. A Diretiva Europeia 2006/14/CE a define como “toda publicidade que alude explícita ou implicitamente a um concorrente ou a bens e serviços oferecidos por um concorrente” (art. 2, c). A princípio, note-se que não há qualquer restrição/proibição no CDC, para veiculação de mensagem publicitária que imponha

172. Dentre outras exigências, o artigo 268, do Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados estabelece que a publicidade de armas de fogo deverá atender aos seguintes requisitos básicos de figuras e textos que contenham: “a) apresentação que defina com clareza que a aquisição do produto dependerá da autorização e do prévio registro a ser concedido pela autoridade competente; b) mensagem esclarecendo que a autorização e o registro são requisitos obrigatórios e indispensáveis para a aquisição do produto, e anúncio que se restrinja à apresentação do produto, características do modelo e as condições de venda; c) orientações precisas e técnicas que evidenciem a necessidade de treinamento, conhecimento técnico básico e equilíbrio emocional para a utilização do produto; e d) a necessidade fundamental dos cuidados básicos de manuseio e guarda do produto, evidenciando a importância prioritária dos itens referentes à segurança e obrigação legal de evitar riscos para a pessoa e a comunidade”. Da mesma forma, não poderá conter o anúncio a divulgação de quaisquer facilidades para obter a autorização ou o registro para a aquisição do produto; a exibição de apelos emocionais, situações dramáticas ou mesmo de textos que induzam o consumidor à convicção de que o produto é a única defesa ao seu alcance; texto que provoque qualquer tipo de temor popular; apresentação sonora ou gráfica que exiba o portador de arma de fogo em situação de superioridade em relação aos perigos ou pessoas; exibição de crianças ou menores de idade; e apresentação de público como testemunho de texto, salvo se forem comprovadamente educadores, técnicos, autoridades especializadas, esportistas ou caçadores e que divulguem mensagens que instruem e eduquem o consumidor quanto ao produto anunciado.

a comparação entre produtos – geralmente entre o produto daquele que promove o anúncio e o de seus concorrentes.¹⁷³ Nesta linha, igualmente, coloca-se a Diretiva Europeia 2006/114/CE, ao referir que “A publicidade comparativa, quando compara aspectos essenciais, pertinentes, verificáveis e representativos e não é enganosa, é uma maneira legítima de informar aos consumidores das vantagens que podem obter. É desejável estabelecer um conceito amplo de publicidade comparativa, a fim de abarcar todas as formas desta espécie de publicidade”. No Brasil, é expressamente admitida pelo Código de autoregulação publicitária¹⁷⁴, o que revela sua admissão na praxe publicitária. Em outros países, inclusive, constitui recurso largamente utilizado para efeito de salientar diferenças entre produtos e serviços ofertados.

No plano do direito da concorrência, igualmente, não há proibição expressa neste sentido. Ao contrário, é técnica que promove estímulo à livre concorrência.¹⁷⁵ Não se desconhece – conforme aduz a melhor doutrina – que toda publicidade comparativa tem em si certa agressividade, ao confrontar direta ou indiretamente o concorrente, ou seus produtos e serviços.¹⁷⁶ Contudo, é inegável que a possibilidade de comparação entre produtos, mediante uso de informações verdadeiras e objetivas e desde que não sirva para causar confusão entre as marcas para o consumidor, tem efeitos claramente positivos, estimulando a concorrência e melhoria dos produtos ofertados no mercado.¹⁷⁷

173. BENJAMIN, Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores..., 2005, cit.

174. Assim, o art. 32 do Código de Autoregulação Publicitária do Conar: “Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: a. seu objetivo maior seja o esclarecimento, se não mesmo a defesa do consumidor; b. tenha por princípio básico a objetividade na comparação, posto que dados subjetivos, de fundo psicológico ou emocional, não constituem uma base válida de comparação perante o Consumidor; c. a comparação alegada ou realizada seja passível de comprovação; d. em se tratando de bens de consumo a comparação seja feita com modelos fabricados no mesmo ano, sendo condenável o confronto entre produtos de épocas diferentes, a menos que se trate de referência para demonstrar evolução, o que, nesse caso, deve ser caracterizado; e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimto à imagem do produto ou à marca de outra empresa; g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; h. quando se fizer uma comparação entre produtos cujo preço não é de igual nível, tal circunstância deve ser claramente indicada pelo anúncio”.

175. CHAVES, Rui Moreira. Regime jurídico da publicidade. Coimbra: Almedina, 2005, p. 218.

176. DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. Publicidade e direito, 2.^a ed. São Paulo: RT, 2013, p. 267.

177. Destaque-se, a respeito, a decisão do STJ no caso de publicidade comparativa de iogurtes com eficácia na regulação do funcionamento intestinal: “Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC não verificada. Direito Marcário e do Consumidor. Propaganda publicitária comparativa entre produtos. Esclarecimento objetivo do consumidor. Possibilidade. 1. A propaganda comparativa é forma de publicidade que identifica explícita ou implicitamente concorrente de produtos ou serviços afins, consagrando-se, em verdade, como um instrumento de decisão do público consumidor. 2. Embora não haja lei vedando ou autorizando expressamente a publicidade comparativa, o tema sofre influência das legislações consumerista e de propriedade industrial, tanto no âmbito marcário quanto concorrencial. 3. A publicidade comparativa não é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, desde que obedeça ao princípio da veracidade das informações, seja objetiva e não abusiva. 4. Para que viole o direito marcário do concorrente, as marcas devem ser passíveis de confusão ou a referência da marca deve estar cumulada com ato depreciativo da imagem de seu produto/serviço, acarretando a degenerescência e o consequente desvio de clientela. 5. Conforme ressaltado em outros julgados desta Corte, a finalidade da proteção ao uso das marcas - garantida pelo disposto no

2.2.2.7 *A publicidade infantil*

Atualmente ganha importância no Brasil e em muitos outros países, a publicidade dirigida a crianças – publicidade infantil. A proteção dos direitos da criança tem reconhecido fundamento constitucional (art. 227 da Constituição de 1988) e legal (arts. 3.º e 4.º do Estatuto da Criança e do Adolescente). A discussão se estabelece tanto a partir de proposições de lege ferenda, buscando estabelecer, por lei, restrições de variado grau à publicidade dirigida a crianças.

Conforme foi mencionado quando se tratou da publicidade abusiva, note-se que a legislação brasileira já estabelece um standard em relação ao tema, quando define, no art. 37, §2.º, do CDC, como ilícita a publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança. O que se discute, contudo, é justamente se este standard por si é suficiente para implementar de fato a proteção da criança em relação à mensagens publicitárias que, afinal, se aproveitem de sua vulnerabilidade agravada no mercado de consumo.

A regra brasileira inspira-se no sentido já presente no direito europeu, que no art. 16 da Diretiva da 89/552/CE, sobre a publicidade televisiva¹⁷⁸ dispôs: “A publicidade televisiva não deve causar qualquer prejuízo moral ou físico aos menores, pelo que terá de respeitar os seguintes critérios para a proteção desses mesmos menores: Não deve incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, à compra de um determinado produto ou serviço; Não deve incitar directamente os menores a persuadir os seus pais ou terceiros a comprar os produtos ou serviços em questão; Não deve explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, professores ou noutras pessoas; Não deve, sem motivo, apresentar menores em situação de perigo.”

A vulnerabilidade especial ou agravada que se deve tomar em consideração na interpretação do conceito de publicidade abusiva e sua proibição, pelo CDC. Parte-se de um fato: a criança por suas qualidades naturais conta com deficiência de julgamento e experiência em relação ao mundo exterior, quando comparadas ao consumidor médio que já tenha deixado a infância. Neste sentido, há referências a que apenas por volta dos 8 aos 11 anos será a idade em

art. 5.º, XXIX, da Constituição da República e regulamentada pelo art. 129 da LPI – é dupla: por um lado, protegê-las contra usurpação, proveito econômico parasitário e o desvio desleal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art. 4.º, VI, do CDC) (REsp I.105.422/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/05/2011 e REsp 1320842/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 01/07/2013). 6. Propaganda comparativa ilegal é aquela que induz em erro o consumidor, causando confusão entre as marcas, ocorrendo de maneira a depreciar a marca do concorrente, com o conseqüente desvio de sua clientela, prestando informações falsas e não objetivas. 7. Na espécie, consoante realçado pelo acórdão recorrido, as marcas comparadas não guardam nenhuma semelhança, não sendo passíveis de confusão entre os consumidores. Ademais, foram prestados esclarecimentos objetivos sem denegrir a marca da concorrente, pelo que não se verifica infração ao registro marcário ou concorrência desleal. 8. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1377911/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 02.10.2014, DJe 19.12.2014).

178. Para um panorama sobre os vários níveis de limitação da publicidade direcionada a crianças, em especial por intermédio da televisão e do rádio, veja-se o estudo de: MARQUES, Claudia Lima. BERTONCELLO, Karen Danilevitz. Publicidade e infância: Sugestões para a tutela legal das crianças consumidoras. In: PAQUALOTTO, Adalberto. BLANCO, Ana. Publicidade e proteção da infância. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 93 e ss.

que se reconhece a capacidade da criança para ter consciência acerca dos propósitos informativos e persuasivos em que se baseia o discurso da publicidade.¹⁷⁹

Destaca Ian Ramsay, desde a perspectiva do direito norte-americano, a importância do conhecimento especializado para identificar adequadamente os efeitos da publicidade no estudo do comportamento do consumidor, e em especial da criança. Por outro lado, destaca o perigo de que interesses comerciais, porventura, venham a patrocinar a produção de evidência científica em sentido inverso, de modo a influenciar a formulação e implementação de políticas públicas neste tema.¹⁸⁰

Mesmo no âmbito da autorregulamentação publicitária, é reconhecida a necessidade de proteção da criança, inclusive com a definição de critérios para a produção e veiculação da publicidade infantil, conforme se vê do art. 37, do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, editado pela associação CONAR.

É fora de dúvida que a publicidade influencia a criança, daí inclusive, os investimentos notórios das empresas em estratégias de marketing, brindes e outras formas de divulgação.¹⁸¹ Por essa razão, inclusive, que estudos atuais apontam para efeitos deletérios da publicidade infantil no próprio processo de socialização das crianças, e no estímulo a deterioração das relações entre pais e filhos mediante inserção de uma lógica de recompensas materiais.¹⁸²

Discute-se, igualmente, as relações entre a publicidade direcionada a crianças e seu desenvolvimento mental¹⁸³, ou a obesidade precoce¹⁸⁴, dentre outros efeitos demonstrados ou supostos em relação ao público infantil.

Destaque-se, entretanto, que no sentido atual da norma, e sem perder de vista iniciativas legislativas que visam limitar ou proibir a publicidade direcionada à criança, – muitas delas,

-
179. KARSAKLIAN, Eliane. O comportamento do consumidor. São Paulo: Atlas, 2000, p. 221. Sustentando a ineficiência econômica da publicidade direcionada à criança e sua associação à publicidade falsa no direito norte-americano, veja-se: CROUCH, Dennis. The social welfare of advertising to children. *HeiOnline* 9 U. Chi. L. Sch. Roundtable 179 2002.
180. RAMSAY, Ian. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. *Revista de direito do consumidor*, v. 4. São Paulo: RT, Out-dez./1992, p. 26 e ss.
181. Para exemplos bastante ilustrativos, veja-se o estudo de Cibele Gralha Mateus e Renata Gralha Mateus, na obra organizada por Adalberto Pasqualotto: MATEUS, Cibele Gralha. MATEUS, Renata Gralha. Vinculação de particulares aos direitos fundamentais. O princípio da proteção integral da criança e a liberdade na publicidade: até onde podemos ir? In: PAQUALOTTO, Publicidade e proteção da infância, em especial p. 150-151.
182. BERTONCELLO, Káren Danilevicz. Os efeitos da publicidade na vulnerabilidade agravada: como proteger as crianças consumidoras? *Revista de direito do consumidor*, v. 90. São Paulo: RT, nov.-dez./2013, p. 69 e ss.
183. Jaderson Costa refere, dentre outros efeitos da publicidade em crianças, a estereotipização relacionada ao gênero, em que “homens e mulheres são apresentados em diferentes papéis ou associados primariamente com determinados tipos de produtos e serviços”; representações estereotipadas da beleza física e atratividade; e influência no reconhecimento e definição de sua autoimagem. COSTA, Jaderson Costa da. A publicidade e o cérebro da criança. In: PAQUALOTTO/BLANCO (Org.). Publicidade e proteção da infância, em especial p. 28-29.
184. SANTOS, Andreia Mendes. Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação, In: PAQUALOTTO/BLANCO (Org.). Publicidade e proteção da infância, p. 35 e ss. No mesmo sentido, a obra organizada pela consultante: HENRIQUES, Isabella. VIVARTA, Veet. Publicidade de alimentos e crianças. Regulação no Brasil e no mundo. São Paulo; Saraiva, 2013.

inclusive, animadas pela intervenção pública da entidade que promove esta consulta – parece claro, que a publicidade direcionada à criança não é proibida.¹⁸⁵

A proibição legal, mediante reconhecimento da abusividade da publicidade, se dá em relação àquelas que se aproveitem da deficiência de julgamento e experiência da criança. Abusiva e, portanto, proibida, será a publicidade que se aproveite desta deficiência de compreensão da criança.

A apreciação de situações que possam ser consideradas abusivas, em geral, sempre desafiaram a interpretação e aplicação do direito, em vista da definição de critérios para sua caracterização.¹⁸⁶ No caso particular da publicidade abusiva em relação à criança, a noção do que se configura como aproveitamento da sua deficiência de julgamento e experiência deve ser dada segundo critérios objetivos e materialmente demonstráveis, sujeitos ao contraditório do responsável pela publicidade. Há aqui, contudo, mera conduta de quem se aproveita; não se exige, contudo, que se verifique, de fato, vantagem efetiva, como a realização do negócio, por exemplo. O que deve ser coibido e prevenido mediante aplicação da lei.¹⁸⁷

2.2.2.8 Autorregulamentação publicitária

A atividade de controle da publicidade ilícita na experiência brasileira, além do controle judicial ou por intermédio dos órgãos públicos integrantes do Sistema Nacional das Relações de Consumo, conta com importante sistema de autorregulamentação publicitária. Esta é exercida pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR –, criado em 1980 sob a forma de sociedade civil sem fins lucrativos (associação civil), integrada – conforme o artigo 8.º do seu estatuto social – por “entidades representativas das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e dos anunciantes e, isoladamente, por agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda, e ainda por entidades privadas dotadas de personalidade jurídica e que objetivem a defesa do consumidor”.

185. Em sentido contrário, confira-se as razões que sustentam a proibição implícita da publicidade infantil no Brasil, mediante da interpretação combinada das normas do Código de Defesa do Consumidor e o art. 227, da Constituição brasileira, fundamento da doutrina da proteção integral, no estudo de: NUNES JR., Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. REZEK, José Francisco. Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: RT, 2008, p. 842 e ss.

186. Veja-se, a respeito: MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 33 e ss.

187. Discussão atual refere-se à Resolução nº 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA – que definiu critérios sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e o ao adolescente. A validade da resolução, contudo, é objeto de exame judicial atualmente, mediante demanda de entidades associativas da comunicação social, questionando, especialmente, a competência do conselho para editar a resolução sobre o tema, bem como, em relação ao seu conteúdo, sustentando a impossibilidade de dispor sobre a matéria por intermédio de norma regulamentar (infralegal). Sobre o tema, foi oferecido parecer, por solicitação do Instituto Alana, sustentando a validade da resolução, ao qual se remete para o exame específico da questão: MIRAGEM, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente - CONANDA. Parecer. Revista de Direito do Consumidor, v. 95. São Paulo: RT, 2014, p. 459 e ss. No mesmo sentido, veja-se o culto estudo de MARTINS, Guilherme Magalhães. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. Revista de direito do consumidor, v. 102. São Paulo: RT, nov.-dez./2015.

Trata-se de entidade representativa do setor de comunicação social e publicidade, cuja finalidade é a de promover e controlar o atendimento dos limites éticos da atividade publicitária, segundo o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Conforme o artigo 5.º, do Estatuto social da entidade, constituem seus objetivos sociais: “I. Zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas de propaganda, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que prevalecerão sobre quaisquer outras. II. Funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas. III. Oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas, sempre que solicitada. IV. Divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, visando esclarecer a opinião pública sobre a sua atuação regulamentadora de normas éticas aplicáveis à publicidade comercial, assim entendida como toda a atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias. V. Atuar como instrumento de concórdia entre veículos de comunicação e anunciantes, e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores. VI. Promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial.” A efetividade da decisão do CONAR nos casos que lhe são submetidos apoia-se no fato de que o integram às associações de todos os setores econômicos envolvidos com a atividade publicitária, no caso anunciantes, agências de publicidade e veículos de comunicação. O rito processual previsto para exame das reclamações contra anúncios publicitários prevê inclusive a concessão de medida liminar (artigos 29 a 34 do Regimento Interno da entidade), visando à sustação da veiculação do anúncio em desacordo com o Código brasileiro de autorregulamentação publicitária.

Não há dúvida sobre a importância da atividade do CONAR no controle da publicidade ilícita – enganosa e abusiva –, sendo a efetividade de sua atuação decorrente da ampla representatividade das entidades representativas dos setores econômicos envolvidos na atividade publicitária. Contudo, algumas questões sobre sua atuação devem ser evidenciadas, considerando o a proteção jurídica do consumidor em relação à publicidade ilícita, de acordo com o disposto no CDÇ. Em primeiro lugar, observe-se que o CONAR tem por finalidade precípua o controle da ética publicitária, cuja abrangência e significado, embora tenha conteúdo deontológico, e em boa parte das vezes resulte em decisão que se coaduna com a proteção do interesse do consumidor, não se confunde com o controle jurídico que emerge das normas imperativas do CDC. Por outro lado, tanto a submissão dos anúncios publicitários ao CONAR, quanto a eficácia de suas decisões tem por fundamento vínculo associativo das partes envolvidas e o conselho. Decorre de vínculo obrigacional. Neste sentido, sua exigibilidade e eventual descumprimento de decisões do conselho resolvem-se como inadimplemento, ao contrário da cogência e autoridade da decisão estatal, especialmente por parte do Poder Judiciário, relativamente à proibição da publicidade ilícita, e a adoção das providências necessárias para assegurar a efetividade da medida.

2.2.3 Eficácia do direito subjetivo à informação do consumidor

Dentre as grandes transformações operadas no sistema jurídico brasileiro pelo direito do consumidor, situa-se a positivação do direito à informação como espécie de direito subjetivo concreto, previsto por lei, e reconhecido em todas as espécies de relações de consumo, contratuais e não contratuais. O direito à informação, reconhecido como direito básico do consumidor, é concretizado por intermédio de diversas disposições específicas previstas ao longo da disciplina legal do Código.

Refere o artigo 31 do CDC que a oferta ou apresentação de produtos ou serviços “devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. Os deveres de correção, clareza e completude das informações prestadas ao consumidor, decorrem, da mesma forma, do princípio da boa-fé objetiva.¹⁸⁸ Seu descumprimento, por outra parte, implica o estabelecimento de sanções não apenas de natureza civil, mas também de natureza penal¹⁸⁹ e administrativa.

Consistem de deveres que visam garantir a veracidade e a possibilidade de reconhecimento dos termos da oferta bem como da apresentação dos produtos e serviços (inclusive a rotulagem¹⁹⁰, embalagens, bem como qualquer outro modo de apresentação).¹⁹¹ Eventual descumprimento dos mesmos, dá causa a uma oferta enganosa, ou podem expor o consumidor a riscos à saúde e segurança,¹⁹² e por isso deverá ser sancionada. Neste sentido, o descumprimento do dever pode dar causa tanto ao cumprimento específico da obrigação com a qual se

188. MARQUES. *Contratos...*, p. 645-646; MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 586 *et seq.*

189. Neste sentido o pioneiro e excelente estudo de: ZANELATO, Marco Antônio. O sancionamento penal da violação do dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 8. São Paulo: RT, out.-dez. 1993, p. 92-100.

190. Assim, por exemplo, a decisão do STJ, no caso da cerveja que, fazendo constar na sua embalagem como “sem álcool”, na verdade o continha em sua fórmula, ainda que em quantidade muito pequena: “Direito do Consumidor. Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Direito básico do consumidor à informação adequada. Proteção à saúde. Legitimidade *ad causam* de associação civil. Direitos difusos. Desnecessidade de autorização específica dos associados. Ausência de interesse da união. Competência da justiça estadual. Artigos 2.º e 47 do CPC. Não prequestionamento. Acórdão recorrido suficientemente fundamentado. Cerveja Kronenbier. Utilização da expressão ‘sem álcool’ no rótulo do produto. Impossibilidade. Bebida que apresenta teor alcoólico inferior a 0,5% por volume. Irrelevância, *in casu*, da existência de norma regulamentar que dispense a menção do teor alcoólico na embalagem do produto. Artigos 6.º e 9.º do Código de Defesa do Consumidor. (...) 6. A comercialização de cerveja com teor alcoólico, ainda que inferior a 0,5% em cada volume, com informação ao consumidor, no rótulo do produto, de que se trata de bebida sem álcool, a par de inverídica, vulnera o disposto nos artigos 6.º e 9.º do CDC, ante o risco à saúde de pessoas impedidas ao consumo. 7. O fato de ser atribuição do Ministério da Agricultura a padronização, a classificação, o registro, a inspeção, a produção e a fiscalização de bebidas, não autoriza a empresa fabricante de, na eventual omissão deste, acerca de todas as exigências que se revelem protetivas dos interesses do consumidor, malferir o direito básico deste à informação adequada e clara acerca de seus produtos. 8. A dispensa da indicação no rótulo do produto do conteúdo alcoólico, prevista no já revogado artigo 66, III, ‘a’, do Decreto 2.314/97, não autorizava a empresa fabricante a fazer constar neste mesmo rótulo a não veraz informação de que o consumidor estaria diante de cerveja ‘sem álcool’, mesmo porque referida norma, por seu caráter regulamentar, não poderia infirmar os preceitos insculpidos no Código de Defesa do Consumidor. 9. O reexame do conjunto fático-probatório carreado aos autos é atividade vedada a esta Corte superior, na via especial, nos expressos termos do enunciado sumular 7 do STJ. 10. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 1.181.066/RS, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), 3.ª T., j. 15.03.2011, DJe 31.03.2011). No mesmo sentido: STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 259.903/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 26.08.2014, DJe 25.09.2014.

191. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentador...*, 8. ed., p. 276.

192. Este é o caso da ausência de informações relevantes acerca de alimentos oferecidos no mercado de consumo. Daí o tema da transparência e informação surgirem como essenciais na tutela da segurança alimentar dos consumidores em geral. Neste sentido, veja-se: GRASSI NETO, Roberto. *Seguran-*

compromete a oferta (quando esta for mais vantajosa para o consumidor¹⁹⁴), quanto a imposição das sanções específicas previstas no CDC (multa etc.), sem prejuízo da indenização por perdas e danos ao consumidor ou à coletividade prejudicada. Isto não exclui, evidentemente, a possibilidade de determinação, via administrativa ou judicial, de providências no sentido de compelir o fornecedor que esteja violando os deveres estabelecidos no artigo 31, a que os cumpra, sob pena de outras sanções cabíveis (inclusive sujeitando-o a imposição da multa processual por descumprimento, as *astreintes*).

Já no que diz respeito ao conteúdo da informação reclamada, previsto no artigo 31 do CDC, grande discussão – inclusive jurisprudencial – houve no Brasil acerca do modo como se devam prestar as informações relativas ao preço dos produtos ou serviços. Destaque-se, com respeito a este tema, a enorme polêmica existente sobre a possibilidade ou não da substituição das etiquetas de informação de preço, por códigos de barras, de modo a aperfeiçoar o sistema logístico dos supermercados. Sobre o tema, manifestou-se Antonio Herman Benjamin, para quem, em vista do direito à informação do consumidor, a colocação de etiquetas de código de barras só é admissível se mantiver a colocação de etiquetas de preços nos produtos.¹⁹³ Entendemos, neste particular, que a garantia do direito à informação assegura, antes de tudo, a informação eficiente e objetiva,¹⁹⁴ ou seja, a informação que seja reconhecível pelo consumidor sem demandar-lhe esforços irrazoáveis.¹⁹⁵ Deste modo, ainda que não haja um modo específico do estabelecimento destes deveres, observa-se que a abrangência do direito à informação do consumidor justifica-se desde seu aspecto finalístico, ou seja, que de modo realístico e em atenção a todas as condicionantes eventualmente presentes ao caso, cumpra adequadamente sua finalidade de esclarecimento do consumidor na sua decisão de consumir e, adiante, na fruição do produto ou serviço adquirido.

Da mesma forma, o dever de informar com relação aos produtos introduzidos no mercado é realizado, em grande medida, por intermédio da sua embalagem ou apresentação, a qual deve cumprir todos os requisitos estabelecidos no artigo 31 do CDC. Com relação a produtos que ofereçam riscos ao consumidor ou sejam perigosos, o artigo 9.º do CDC, refere a obrigatoriedade de destacar de modo ostensivas tais circunstâncias. Neste sentido, observa Claudia Lima

ça alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor. Tese de livre docência. São Paulo: USP, 2011. p. 273 e ss.

193. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 278. Neste sentido: “Mandado de segurança. Sistema nacional de defesa do consumidor. Ato de ministro da justiça. Prazo para fixação de preços diretamente nos produtos colocados à venda. Legalidade. CF, artigo 5.º, XXXII. Leis 8.078/90 e 8.884/94. Decretos 90.595/84 e 2.181/97. 1. Ato ministerial com sustentamento nos elementos essenciais da competência, motivação e finalidade, assinalado que a causa amolda-se ao objeto, forte no conteúdo, não pode ser acoiado de ilegal. 2. A fixação dos preços diretamente nos produtos colocados à venda, simultaneamente utilizando-se a impressão e/ou código de barras, exigência protetora do direito do consumidor, firmada por autoridade competente e filiada à legislação de regência, não constitui ato ilegal. O prazo decorre da necessidade de concretizar-se execução eficiente, travando retardamento contrário ao interesse público. 3. Segurança denegada” (STJ, MS 6.055/DF, j. 07.04.2000, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ 22.05.2000, p. 63).

194: LHEREUX. *Droit de la consommation*, p. 251 et seq.

195. Veja-se, a respeito: TOMASETTI JR., Alcides. Transparencia y información eficiente: un modelo dogmático para el código brasileño de protección del consumidor. In: ITURRASPE, Jorge Mosset; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1993, p. 447-492.

Marques que as informações devem prevenir não apenas riscos atuais como, também, eventuais riscos de danos futuros, em face da utilização ou consumo do produto.¹⁹⁶

A dificuldade, certamente, estará em identificar, ao tempo da colocação do produto no mercado, os riscos eventualmente existentes, ou que virão a existir. Há de ser exigido do fornecedor o dever de informar sobre danos futuros que segundo o estado da técnica no momento da introdução do produto no mercado, sejam possíveis de identificar. Saliante-se que não se trata, nesta hipótese, de introduzir o requisito da culpa para responsabilizar o fornecedor pela violação do dever de informar. Não se exige a demonstração de que o fornecedor tenha deixado, por negligência ou imprudência, de promover a informação. Mas sim, de que havia condições e conhecimento técnico, ao tempo da colocação do produto no mercado, de conhecer-se sobre os danos causados no futuro pelo produto ou serviço, ou ainda dos riscos que, de modo razoável, poderiam se identificar, ainda que não especificados os danos, ao tempo da introdução do produto no mercado. Da mesma forma, aliás, exige-se em matéria de informação sobre serviços prestados no mercado de consumo. Em relação aos mesmos, a informação considerada adequada é aquela que de modo completo tem como resultado o esclarecimento do consumidor.¹⁹⁷

Por fim, considere-se a determinação para que as informações sejam prestadas em língua portuguesa. Este dever, certamente, não coíbe a utilização de expressões de língua estrangeira, sobretudo no que diz respeito à expressões consagradas; todavia, não admite que tal utilização venha a determinar confusão ou equívoco do consumidor. Neste sentido, por exemplo, a dificuldade que ainda hoje existe no Brasil, em distinguir e compreender o exato significado das expressões *light* e *diet* associadas a determinados produtos, podendo inclusive seu uso indevido caracterizar publicidade enganosa.¹⁹⁸ No caso, as expressões são tomadas indevidamente em

196. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 652.

197. "Laboratório de análises clínicas. Responsabilidade. Exame relativo à presença de HIV. Precedente. 1. Está assentado na jurisprudência da Corte que é responsável o laboratório "que fornece laudo positivo de HIV, repetido e confirmado, ainda que com a ressalva de que poderia ser necessário exame complementar. Essa informação é importante e reduz a responsabilização do laboratório, mas não a exclui totalmente, visto que houve defeito no fornecimento do serviço, com exame repetido e confirmado, causa de sofrimento a que a paciente não estava obrigada. Além disso, o laboratório assumiu a obrigação de realizar exame com resultado veraz, o que não aconteceu, pois os realizados depois em outros laboratórios foram todos negativos" (REsp 401.592/DF, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 02.09.2002). 2. Não cabe a revisão do dano moral quando o valor fixado não é absurdo, despropositado, fora dos padrões de razoabilidade. 3. Não conhecimento do especial" (STJ, REsp 258.011/SP, 3.ª T., j. 09.11.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 05.09.2005, p. 396).

198. "Administrativo. Código de águas. Normas básicas de alimentos. Slogan publicitário apostado em rótulo de água mineral. Expressão *diet por natureza*. Indução do consumidor a erro. 1. A definição sobre ser o slogan "*diet por natureza*" apostado em rótulo de Água Mineral inerente à própria água mineral ou à sua fonte, demanda o reexame de matéria fático-probatória insindivável por esta Corte Superior em sede de recurso especial, ante a incidência do verbete Sumular 07/STJ. 2. É assente que "não poderão constar da rotulagem denominações, designações, nomes geográficos, símbolos, figuras, desenhos ou indicações que possibilitem interpretação falsa, erro ou confusão quanto à origem, procedência, natureza, composição ou qualidade do alimento, ou que lhe atribuam qualidades ou características nutritivas superiores àquelas que realmente possuem" (artigo 21 do Dec.-lei 986/69). 3. Na redação do artigo 2.º, V, do Dec.-lei 986/69, considera-se dietético "todo alimento elaborado para regimes alimentares especiais destinado a ser ingerido por pessoas sãs;" 4. Somente os produtos modificados em relação ao produto natural podem receber a qualificação de *diet* o que não significa, apenas, produto destinado à dieta para emagrecimento, mas, também a dietas determinadas por prescrição médica, motivo pelo qual a água mineral, que é comercializada naturalmente, sem

sentido comum, como sendo referentes a alimentos de baixas calorias, quando na verdade isto não é correto.¹⁹⁹ Pode ocorrer, contudo, da expressão estrangeira já estar consagrada pelo uso, sendo perfeitamente perceptível seu significado. Nesta situação, não se vai exigir sua tradução em língua portuguesa. Contudo, com relação às demais expressões, rótulos e embalagens de produtos estrangeiros, quando comercializados no Brasil, há dever expresso do fornecedor de fazer constar no mesmo todas as informações essenciais do produto em língua portuguesa, o que pode ser feito por intermédio de novas embalagens ou adesivos sobre a embalagem original, por exemplo.

2.2.3.1 Amplitude do direito à informação do consumidor

O direito básico à informação do consumidor, estabelecido no artigo 6.º, III, e especificado nos artigos 9.º e 31 do CDC, bem como previsto, *a contrario sensu*, nos artigos 12, 14, 18 e 20 do mesmo diploma, tem seu atendimento condicionado não apenas ao repasse formal da informação ao consumidor. Sua eficácia determina, em verdade, autêntico dever de esclarecimento do consumidor, o que se verifica pelo repasse da informação de modo eficiente, e sua efetiva compreensão pelo consumidor do produto ou serviço.

Isto é importante considerar em vista da determinação do modo de transmissão da informação, sua quantidade, e a capacidade de apreensão dos dados técnicos, científicos ou mesmo das informações comerciais relativas ao objeto do contrato de consumo. O fornecedor, na condição de *expert* em relação ao produto ou serviço oferecido, tem o dever não apenas de informar, mas de assegurar-se que a informação será compreendida pelo consumidor. Excelente exemplo a este respeito, é o dever de informar dos médicos, com relação a seus pacientes. Nesta situação, o profissional encontra-se em autêntica situação de poder. O paciente, doente ou afetado com o risco de doença, assim como seus familiares, encontram-se, em geral, em situação de vulnerabilidade agravada, dada sua situação particular.²⁰⁰ Conforme refere com rigorosa precisão Claudia Lima Marques, com apoio na doutrina alemã, “trata-se de um dever de informar clara e suficientemente os leigos-consumidores (*hinreichende Aufklärung*), pessoalmente (*in einem persönlichen Gespräch*) sobre os riscos típicos (*typische Gefahren*) e aspectos principais (*wesentliche Umstände*) do serviço médico naquele caso específico. Um dever diretamente oriundo das exigências de boa-fé (*Pflicht aus Treu und Glauben*) na conduta do *expert* em relação ao leigo durante todo o desenvolver da relação jurídica de confiança (*Vertrauensverhältnis*), alcançando, na fase prévia, graus de dever de alerta (*Warnpflicht*) e de aconselhamento/dever de conselho

alterações em sua substância, não pode ser assim qualificada porquanto não podem ser retirados os elementos que a compõem. 5. *In casu*, o aumento das vendas do produto noticiado pelo recorrido caracteriza a possibilidade de o slogan publicitário encerrar publicidade enganosa capaz de induzir o consumidor a erro. 6. Legalidade da atuação imputada à empresa recorrida. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido” (STJ), REsp 447.303/RS, j. 02.10.2003, rel. Min. Luiz Fux, DJU 28.10.2003, p. 194).

199. Segundo a legislação em vigor, a expressão *diet* designa “alimentos que têm formulação especial para atender pessoas que tenham disfunção ou distúrbio físico ou metabólico, como diabéticos e hipertensos”. Já a expressão *light* é relacionada aos alimentos que devem ter, no mínimo, 25 % menos de algum componente calórico, seja açúcar, gordura, sal, entre outros”. Neste sentido, o estudo de: PINTO VIEIRA, Adriana Carvalho; CORNÉLIO, Adriana Régio. *Produtos light e diet o direito à informação do consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 54, p. 9-27. São Paulo: RT, abr.-jun. 2005.

200. GHERSI, Carlos Alberto, *Relación médico-paciente*, Ed. Cuyo, Mendonza, 2000, p. 42-43.

(*Beratungspflicht*) visando alcançar o consentimento informado, válido e eficaz do paciente (*wirksame Einwilligung des Patienten*), geralmente conhecido pela expressão norte-americana *informed consent*²⁰¹.

Este dever de informação, como autêntico dever de esclarecimento, estabelece que o ato de informar o consumidor seja, antes de tudo, o oferecimento de uma informação qualificada, integrada por todos os dados úteis e necessários à sua compreensão. O que há de ser garantido também pelo modo, quantidade e velocidade com que estas informações são repassadas ao consumidor. A sociedade de consumo, ou também a sociedade da informação, caracteriza-se, sobretudo, pela hiperinformação, ou seja, a elaboração e divulgação, em alta velocidade, de um grande número de informações, sem que necessariamente esteja o seu destinatário alertado ou capacitado para recebê-las, identificá-las e compreendê-las com a mesma agilidade.

Tais condições, assim como a vulnerabilidade técnica e fática do consumidor devem ser levadas em consideração na apreciação do cumprimento satisfatório, pelo fornecedor, do seu dever de informar, entendido de modo amplo, como dever de esclarecimento. Sua verificação não se esgota na identificação da conduta positiva de informar do fornecedor, senão no resultado concreto desta atuação, representado pela possibilidade real de compreensão e utilização das informações pelo consumidor, na formação do seu juízo sobre a oportunidade, necessidade ou conveniência da realização de um dado contrato de consumo, ou sobre os termos da utilização e aproveitamento de um produto ou serviço.

Em outros termos, o exame do cumprimento do dever de informar do fornecedor se dá sempre *in concreto*, em vista das condições em que esta é transmitida e das condições subjetivas do destinatário das informações. E não poderia ser diferente, se considerarmos que o processo comunicativo tem seu êxito medido quanto ao resultado, ou seja, como regra, só terá sucesso o cumprimento do dever na medida em que o destinatário de modo razoável, pode ter acesso às mesmas e compreendê-las.

Outro aspecto a ser considerado neste particular, diz respeito ao espaço que a publicidade assume, mediante sua crescente integração com praticamente todos os meios de comunicação. Deve se considerar que dentre os atributos característicos da publicidade estão *persuasão e credibilidade*.²⁰² Aqui, o controle de conteúdo da informação tem sua importância redobrada, já que muitas vezes já goza *a priori*, a publicidade, da empatia e confiança pré-concebida do consumidor.

Este exame da equação indissociável do *conteúdo, tempo e modo* do exercício do dever de informar pelo fornecedor será confiado ao juiz no exame das demandas que envolvam a violação do dever, mas também cabe aos órgãos administrativos de proteção do consumidor, ao

201. MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. RT, v. 827, p. 11-48. São Paulo: RT, 2004. Para as dificuldades concretas da repercussão do consentimento informado como critério de adimplemento da obrigação médica, veja-se o estudo de FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento informado. Limites e questões polêmicas. Revista de direito do consumidor, v. 102. São Paulo: RT, out.-dez./2015.
202. Como refere Marcos Cobra, "para ser persuasiva, uma propaganda precisa, acima de tudo, ser crível. E o conceito de credibilidade vem do latim escolástico, significando a qualidade do que é crível, do que é acreditável. Contudo, fica muito difícil, num primeiro momento, dizer que só a credibilidade ajuda a vender um produto, um serviço ou mesmo uma ideia, porque na credibilidade da propaganda está embutida também a credibilidade da mídia na qual a propaganda é veiculada, além, é claro, da credibilidade do anunciante". COBRA, Marcos. *O impacto da propaganda*. São Paulo: Atlas, 1994. p. 45.

Ministério Público, e a todos os que tenham por competência a defesa dos direitos do consumidor. E a compreensão do dever de informar nesta perspectiva trina (*conteúdo x tempo x modo*), tem por resultado o reforço da exigibilidade da conduta do fornecedor em face do consumidor. Não bastará ao fornecedor, assim, a demonstração de que prestou informação, mas que seu conteúdo é dotado de clareza e precisão, com aptidão de esclarecer o consumidor, tanto na relação de consumo individual quanto na publicidade difundida pelos mais variados meios de comunicação.

Isto é especialmente perceptível no caso do cumprimento do dever específico de informar o fornecedor nos contratos de crédito e financiamento ao consumidor, previsto no artigo 52 do CDC. Na hipótese, o conteúdo do dever implica a conduta de informar *prévia* (tempo) e *adequadamente* (modo) uma série de dados específicos do contrato, quais sejam: o *preço* em moeda corrente nacional; o *montante de juros de mora* e a *taxa efetiva anual de juros*; os *acréscimos legalmente previstos*; o *número de prestações e sua periodicidade*; e a *soma total a pagar, com e sem financiamento* (conteúdo).

2.2.3.2 *Violação do dever de informar: efeitos para o consumidor*

Da violação do dever de informar decorrem diversos efeitos jurídicos em direito do consumidor. Considerando-se que sua eficácia não decorre apenas da boa-fé objetiva, como também de normas jurídicas específicas previstas no CDC, deve-se ter em vista as sanções que tais normas estabelecem com este fim. Neste sentido, é preciso observar as circunstâncias e qual o objeto da informação não prestada pelo fornecedor. Admite-se que havendo o descumprimento do dever de informar, poderá caracterizar-se tanto a mora, quanto o incumprimento definitivo da obrigação, conforme a espécie de informação não repassada ao consumidor, assim como o tempo em que esta vem a ser verificada.²⁰³

No que se refere aos termos do contrato de consumo, e em especial, aos seus efeitos em relação ao consumidor, o artigo 46 do CDC estabelece com precisão que “os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”.

Esta é uma regra cujos efeitos potenciais ainda não foram integralmente desenvolvidos pela jurisprudência e doutrina brasileira. Note-se a este respeito, que há uma qualificação do dever de informar dos fornecedores. Não basta haver a informação, senão que ela deve ser prévia e inteligível pelo consumidor. Trata-se do dever de informação eficiente ou qualificada, que como já afirmamos, não se satisfaz com o cumprimento formal pelo fornecedor, senão que tem seu atendimento posto a prova a partir da capacidade de percepção e entendimento do consumidor acerca da informação repassada. Por outro lado, é preciso reconhecer que o artigo 46 do CDC é norma que estabelece a ineficácia das obrigações estipuladas aos consumidores, razão pela qual também serve de fundamento para a definição de estipulações ou cláusulas abusivas nos contratos de consumo, em face do não atendimento do dever de informar – o que denominamos, ao examinar as espécies de cláusulas abusivas nos contratos de consumo, como as cláusulas abusivas *em razão da qualidade do consentimento*,²⁰⁴ ou seja,

203. OSSOLA, Frederico; VALLESPINOS, Gustavo. *La obligación de informar*. Córdoba: Avocatus, 2001. p. 224-225.

204. Como referimos adiante, a expressão é de STOFFEL-MUNCK. *Labus dans le contrat...*, p. 300.

em que a ausência da informação correta e compreensível pelo consumidor determina que se caracterize a abusividade da cláusula, uma espécie de *abusividade formal*. No mesmo sentido é a solução do direito argentino, ao admitir reconhecer no artigo 37 da Lei de Defesa do Consumidor, que este poderá demandar a nulidade de cláusulas contratuais ou de todo o contrato, quando o fornecedor viole o dever de boa-fé na fase pré-contratual, ou no momento de sua celebração.²⁰⁵

Ao estabelecer como consequência a não obrigação do consumidor com relação ao que não lhe foi previamente informado, o legislador do CDC estabelece um desenvolvimento prático do direito à informação consagrado no artigo 6.º, III.²⁰⁶ A avaliação do modo de transmissão da informação ao consumidor é vislumbrada em acordo com o caso concreto. Neste sentido, cabe ao juiz verificar, *in concreto*: a) primeiro, a existência ou não do procedimento de informação do consumidor; b) segundo, se esta informação foi prestada de modo adequado, o que se deverá avaliar em consideração às condições subjetivas do consumidor, seu nível de formação, as circunstâncias em que se transmite a informação, entre outras.

A utilidade da disposição é observada, dentre outras situações, na obrigação do fornecedor entregar ao consumidor cópia do contrato celebrado. Prática nem sempre observada em muitos setores do mercado de consumo, a ausência da entrega, não havendo prévia ciência dos termos da contratação, equivale à não informação, e logo, ao suporte fático para incidência da norma do artigo 46. Neste sentido, a norma também possui uma finalidade educativa,²⁰⁷ estimulando os fornecedores ao atendimento do dever de informar.

Além desta sanção expressa à violação do dever de informar, também não se pode esquecer que a ausência de informação correta e eficiente do fornecedor pode dar causa à caracterização de vício ou defeito do produto ou do serviço. O vício do produto ou do serviço por ausência de informação que deveria ter sido prestada pelo fornecedor ocorre quando desta falta há em consequência a violação do dever de adequação deste produto ou serviço. Ou seja, pela falta da informação que deveria ter sido prestada na embalagem, em manual de instruções, no momento da oferta ou em quaisquer outras circunstâncias, o consumidor não consegue obter a finalidade pretendida com a utilização do produto ou serviço. É o caso de qualquer aparelho entregue sem as instruções de uso, a falta de informações sobre restrições de utilização, dentre outros. Da mesma forma, o defeito decorrente da ausência de informação ocorre quando, sendo descumprido o dever de informar pelo fornecedor, a ausência da informação compromete o atendimento ao dever de segurança (artigos 12 e 14 *caput*, e artigo 9.º, do CDC), uma vez que desta falta decorrem danos à integridade pessoal e patrimonial do consumidor. Em ambas as situações, de vício e defeito decorrentes da violação do dever de informar do fornecedor, há como consequência, a imputação de responsabilidade civil,²⁰⁸ seja pelo vício (artigos 18 e 20 do CDC), ou pelo fato do produto ou do serviço (artigos 12 e 14 do CDC), neste último caso quando houver defeito.

Percebe-se, portanto, a partir dos efeitos conferidos ao seu descumprimento, a importância que o CDC reconhece ao dever de informar do fornecedor, como norma de proteção da confiança do consumidor nas relações de consumo.

205. OSSOLA/VALLESPINOS. *La obligación de informar*, p. 188.

206. NERY JÚNIOR, Nelson. *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, p. 543.

207. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 633-634.

208. Veja-se o Capítulo 3, sobre a responsabilidade civil de consumo, nesta obra.

2.2.4 Efeitos do descumprimento da oferta pelo fornecedor

O regime da oferta no CDC pressupõe o atendimento, pelo fornecedor, do dever de oferecer “informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”. Da mesma forma, como aspecto distintivo do regime da oferta no regime do direito comum, o CDC estabeleceu o efeito vinculante reconhecido a qualquer informação suficientemente precisa divulgada pelo fornecedor. A questão que se apresenta, contudo, é se estando vinculado aos termos da oferta, o fornecedor terminar por não cumprir os exatos termos em que esta foi estabelecida. Nesta situação, o CDC refere em seu artigo 35, que “o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I – exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; II – aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; III – rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos”. Estas alternativas poderão, quando objeto de demanda judicial pelo consumidor, serem reclamadas todas em conjunto, na forma de pedidos sucessivos a serem submetidos à apreciação judicial.

O estabelecimento destas consequências leva a discussão sobre qual a espécie da responsabilidade do fornecedor em face do descumprimento, se pré-contratual ou autenticamente contratual. Conforme assinala Antônio Junqueira de Azevedo, havendo descumprimento da oferta no regime do CDC, “o próprio contrato é que se considera não cumprido. Não há sequer a possibilidade de descumprimento da oferta, afinal se houver aceitação, o contrato é reputado concluído”.²⁰⁹ Já Alberto Amaral Júnior, observa que o fornecedor “tem uma obrigação pré-contratual, que consiste em manter a sua oferta, sob pena de sofrer as consequências legais estabelecidas pelo artigo 35”.²¹⁰ Claudia Lima Marques observa que “após a aceitação, a natureza do vínculo obrigacional ligando o fornecedor e o consumidor (...) transforma-se em vínculo contratual, se bem que suas características continuem as mesmas e apenas acrescente-se a possível exigência da prestação principal”.²¹¹

Parece-nos que exatamente este é o ponto que permite identificar a responsabilidade do fornecedor com fundamento no artigo 35 do CDC, como espécie de responsabilidade propriamente contratual. Isto porque, havendo oferta nos termos do artigo 30, nasce para o consumidor o direito formativo de constituição do contrato, mediante aceitação. Estivesse a situação qualificada como espécie de responsabilidade pré-contratual, não estaria a princípio incluída dentre as pretensões reconhecidas ao consumidor, a de obter o cumprimento específico da obrigação, e muito menos o de requerer sua rescisão.

Todavia, a responsabilidade em razão do descumprimento poderá, segundo a doutrina de Antonio Herman Benjamin,²¹² estender-se não apenas com relação ao fornecedor que tenha promovido a oferta ou publicidade (o anunciante direto, fabricante, por exemplo), mas também àquele que venha a ter o proveito desta (o anunciante indireto, o comerciante, por exemplo)

209. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, v. 90. São Paulo, 1995. p. 131.

210. AMARAL JÚNIOR, Alberto. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14. São Paulo: RT, abr.-jun. 1995, p. 41-51.

211. MARQUES. *Contratos...*, 5. ed., p. 628.

212. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 283.

Isto, em vista do que dispõe o artigo 7.º do CDC, o qual expressamente refere que “tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

O exame das alternativas reconhecidas ao consumidor na hipótese de descumprimento da oferta pelo fornecedor, reforça esta conclusão, como veremos.

2.2.4.1 Cumprimento específico da obrigação

A primeira das hipóteses referidas no artigo 35 do CDC, uma vez ocorrendo o descumprimento da oferta, apresentação ou publicidade pelo fornecedor, é a possibilidade, do consumidor exigir o cumprimento específico da obrigação. Em outros termos, pode o consumidor exigir que seja cumprido pelo fornecedor exatamente o que este se comprometeu por ocasião da oferta. Esta obrigatoriedade de cumprimento específico tem um sentido tanto positivo quanto negativo. O *sentido positivo* decorre da possibilidade do consumidor obter o produto ou serviço ofertado, nos termos em que esta oferta, apresentação ou publicidade foi divulgada. O *sentido negativo* caracteriza-se pela vedação implícita que se origina do caráter vinculante da oferta, do fornecedor inovar seus termos por ocasião do contrato, acrescentando, restringindo ou modificando aspectos da contratação, em desacordo com seu conteúdo primitivo.

O cumprimento forçado da obrigação – como refere o inciso I, do artigo 35 – realiza-se mediante processo judicial, bastando para o consumidor a demonstração dos termos da oferta realizada. Sob o aspecto processual, regula-se pelo que dispõe o artigo 84 do CDC, e supletivamente pelos artigos 497 e 536-537 (tutela específica da obrigação de fazer) ou 498 e 538 (tutela específica da obrigação de dar), do CPC/2015. Note-se que é próprio das ações visando ao cumprimento específico da obrigação, que esta só poderá converter-se em perdas e danos quando esta for uma opção do consumidor, autor da ação, ou quando for impossível a obtenção do resultado prático equivalente da obrigação (art. 499 do CPC/2015: “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”). Não se desconhece, contudo, a possibilidade de, a par da pretensão que tenha por objeto o cumprimento específico, a negativa do fornecedor em cumprir a obrigação no tempo, lugar e modo devidos determine por si só, prejuízos ao consumidor. Nesta situação poderá haver cumulação dos pedidos, tendo por objetivo, por um lado, o cumprimento específico do contrato, e por outro, a indenização dos prejuízos que a violação do direito pelo fornecedor deu causa.

2.2.4.2 Oferecimento de produto ou serviço equivalente

Segunda hipótese a livre escolha pelo consumidor é o oferecimento de produto ou serviço equivalente ao que fora objeto da oferta, apresentação ou publicidade. Em geral, esta hipótese terá lugar diante da impossibilidade de cumprimento do objeto principal, situação em que poderá o consumidor decidir por sua substituição. Pode ser o caso quando o estoque do produto anunciado encontra-se esgotado, ou quando, por qualquer razão, torna-se impossível ao fornecedor entregar o produto, ou prestar o serviço, nos termos anunciados. Note-se que, em regra, assim como o erro do fornecedor na feitura do anúncio não o exime de responsabilidade,²¹³

213. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, p. 268-269; VENOSA, Sílvio de Salvo. A força vinculante da oferta no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista*

também a simples ausência do produto em vista do esgotamento do estoque – quando esta situação não foi expressamente consignada na oferta – não o exime da responsabilidade. Contudo, considerando que se trata de alternativa de livre escolha pelo consumidor, não é descartado que o mesmo opte, em face de circunstâncias que demonstrem a inconveniência ou mesmo prejuízo de exigir o cumprimento específico dos termos do anúncio ou oferta (e.g., o tempo de espera para obtenção do produto), por exigir o produto ou serviço equivalente. Da mesma forma, como já referimos, pode esta opção ser formulada em termos de pedido sucessivo, em ação de cumprimento específico, para a hipótese de não ser possível atender ao pedido principal do consumidor.

2.2.4.3 *Rescisão do contrato*

O direito à resolução do contrato (indicado no CDC como rescisão contratual), estabelecido como consequência do descumprimento da oferta, decorre diretamente do princípio da vinculação da oferta e da publicidade. Em toda a ideia de vinculação há um sentido negativo implícito, que importa um não fazer, caracterizado não apenas por cumprir com o que se está vinculado, mas de cumprir *somente* aquilo a que se está vinculado. Há, deste modo, um dever de abster-se de inovar nos termos do contrato, em tudo aquilo no que as novas disposições sejam contraditórias ou conflitantes com os termos da oferta apresentação ou publicidade promovida originariamente pelo fornecedor. O direito de rescindir o contrato, neste sentido, nasce justamente da possibilidade do consumidor de desconstituir o vínculo contratual estabelecido com o fornecedor, uma vez caracterizado, de parte deste, o descumprimento dos termos da oferta.

Ou seja, a ausência de informações que induza o consumidor em erro, caracterizando determinada oferta como enganosa – na medida em que deixa de informar limitações ou riscos relativos ao negócio a ser celebrado, outorga o consumidor o direito de rescindir o contrato, sem prejuízo de perdas e danos. Deve haver resolução, pois, a decisão do consumidor, de contratar, deu-se em vista de base fática incorreta, hipótese em que se tenha omissão dolosa do fornecedor. Contudo, embora se possa dizer que a hipótese seria a de anular, prefere o CDC referir-se a rescindir, por incumprimento da oferta, nos termos do art. 35, III. Isso porque a oferta será considerada aquela em termos que tenha sido compreendida pelo consumidor, razão pela qual limitações ou exclusões, uma vez invocadas após a aceitação, consideram-se simplesmente como descumprimento.²¹⁴

de *Direito do Consumidor*, v. 8, p. 79-91. São Paulo: RT, out.-dez. 1993. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 629-630.

214. Neste sentido, veja-se a decisão do STJ: "*Direito do Consumidor. Publicidade enganosa. Empreendimento divulgado e comercializado como hotel. Mero residencial com serviços. Interdição pela municipalidade. Ocultação deliberada de informação pelo fornecedor. Anulação do negócio jurídico. Indenização por lucros cessantes e por danos morais devida*". 1. O direito à informação, no Código de Defesa do Consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual. 2. O princípio da vinculação da publicidade reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços obriga-se nos exatos termos da publicidade veiculada, sendo certo que essa vinculação estende-se também às informações prestadas por funcionários ou representantes do fornecedor. 3. Se a informação se refere a dado essencial capaz de onerar o consumidor ou restringir seus direitos, deve integrar o próprio anúncio, de forma precisa, clara e

Em certo sentido, reconduz-se à situação original anterior à contratação, pela qual, ao consumidor é possível rescindir os efeitos de sua aceitação (e logo, a constituição do contrato), diante da demonstração de que o fornecedor descumpriu com os termos da oferta. O exercício do direito à rescisão do contrato pelo consumidor não afasta a possibilidade de postular eventual indenização na hipótese de, em face da inadimplência do fornecedor, tiverem sido causados danos.

Destaque-se, porém, que o direito de rescisão é espécie de direito formativo extintivo do consumidor. Neste sentido, não compete ao fornecedor examinar qual a situação que lhe seja mais conveniente (por exemplo, a simples rescisão ao invés do cumprimento específico da obrigação). Ao estabelecer as alternativas indicadas no artigo 35 à livre escolha do consumidor, o CDC exclui qualquer espécie de influência do fornecedor em relação ao destino do contrato na hipótese de descumprimento da oferta ou publicidade.

2.2.4.4 Perdas e danos

A indenização das perdas e danos é consequência típica da violação de dever jurídico que dê causa a prejuízos. No direito das obrigações, o direito à indenização das perdas e danos é estabelecido como consequência do inadimplemento do devedor. Neste sentido o artigo 389 do Código Civil brasileiro, refere: "Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado". No caso, as perdas e danos abrangem os prejuízos decorrentes do descumprimento,²¹⁵ assim como os ganhos que eventualmente se deixa de auferir (lucros cessantes).

Em direito do consumidor, considerando que as perdas e danos caracterizam-se, no tocante ao descumprimento da oferta, como espécie de alternativa de livre escolha do consumidor, e prevista no artigo 35, III, ao lado do direito de rescisão do contrato, poderia surgir a dúvida se só seriam cabíveis diante da hipótese do consumidor optar por rescindir o contrato. Eventual dúvida neste sentido, entretanto, é desde logo fulminada pelo que dispõe o artigo 6.º, VI, do CDC, ao estabelecer como direito básico do consumidor a efetiva reparação dos danos causados. A proteção da integridade pessoal e patrimonial do consumidor, neste sentido, tem autonomia em relação às hipóteses de cumprimento retardado da obrigação, mediante a utilização das alternativas do artigo 35, I e II, e mesmo em relação à decisão de resolver o contrato. O direito à reparação do consumidor, neste sentido, é passível de exercício desde quando haja dano. O que no caso do descumprimento da oferta, poderá surgir da mera violação do dever pelo fornecedor.

ostensiva, nos termos do art. 31 do CDC, sob pena de configurar publicidade enganosa por omissão. 4. No caso concreto, desponta estreme de dúvida que o principal atrativo do projeto foi a sua divulgação como um empreendimento hoteleiro - o que se dessume à toda vista da proeminente reputação que a Rede Meliá ostenta nesse ramo -, bem como foi omitida a falta de autorização do Município para que funcionasse empresa dessa envergadura na área, o que, à toda evidência, constitui publicidade enganosa, nos termos do art. 37, *caput* e § 3.º, do CDC, rendendo ensejo ao desfazimento do negócio jurídico, à restituição dos valores pagos, bem como à percepção de indenização por lucros cessantes e por dano moral. 5. Recurso especial de Antônio Rogério Saldanha Maia provido. 6. Recursos especiais de Gafisa S/A e Banco BBM S/A não conhecidos. Prejudicadas as demais questões suscitadas" (STJ, REsp 1.188.442/RJ, 4.ª T., j. 06.11.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 05.02.2013).

215. Segundo a *teoria da diferença*, equivale a indenizar o credor pelos valores a que faria jus na hipótese de cumprimento. Assim: LARENZ. *Derecho de obligaciones*, t. I, p. 333.

Ou seja, o direito à indenização tem como pressuposto apenas a existência da violação do dever e dos danos que tenham sido causados por este ilícito. Eventual atendimento do fornecedor às alternativas determinadas pelo consumidor, de cumprimento específico posterior, ou substituição por produto ou serviço equivalente, não exonera o dever de indenizar, embora certamente o atenua, quando os danos não se restrinjam à mera falta da prestação principal, mas sim, que tenham sido decorrência desta ausência do cumprimento do dever pelo fornecedor.²¹⁶

É certo, naturalmente, que a regra será de que ao consumidor incumbirá a demonstração dos danos, quando se tratarem de prejuízos econômicos decorrentes da violação da oferta, tanto das qualidades do produto, quanto demais peculiaridades do contrato, como a forma de pagamento²¹⁷ e outros ajustes acessórios estabelecidos pelas partes, não sendo possível sua presunção no tocante ao *quantum*. De se admitir, em acordo com o caso concreto, da mesma forma, a existência de danos morais (igualmente indenizáveis, segundo a regra do artigo 6.º, IV, do CDC), em face do descumprimento da oferta. A indenização, neste caso, fica subordinada à avaliação do juiz, segundo suas regras de experiência, das circunstâncias que envolvam o descumprimento da oferta pelo fornecedor, examinando, concretamente, se daquela conduta, e do modo como a mesma foi recebida pelo consumidor (considerando, inclusive suas condições subjetivas), houve na mesma aptidão de produzir danos. Poderá ser o caso, por exemplo, do plano de saúde que restringe a abrangência da sua cobertura, em desacordo com os termos da oferta. Em situação de tamanha aflição e desconforto que envolve a necessidade de recurso aos serviços de um plano de saúde, será possível, em muitas situações, o reconhecimento da possibilidade de indenização por danos morais em face do descumprimento contratual dos termos da oferta ou publicidade.

A regra, portanto, é da possibilidade do consumidor postular perdas e danos, segundo o artigo 35, combinado com o artigo 6.º, VI, do CDC, sempre que, em face do descumprimento da oferta, apresentação ou publicidade, decorrerem danos materiais ou morais. Ao lado desta alternativa, de modo cumulativo, é reconhecido ao consumidor o direito de postular as demais alternativas relacionadas no artigo 35, quais sejam: o cumprimento específico da obrigação, a substituição do produto ou serviço ofertado por outro equivalente, ou ainda a rescisão do contrato.

2.3 EXECUÇÃO DO CONTRATO DE CONSUMO

Tendo sido formado o contrato de consumo por intermédio da aceitação da oferta, importa ao direito do consumidor a proteção do sujeito vulnerável em outra etapa do desenvolvimento da relação de consumo que é a da execução do contrato. Nesta etapa da relação obrigacional intensifica-se a proteção do consumidor e de seus interesses na relação com o fornecedor. Esta proteção tanto se estabelece com relação ao direito à prestação principal do contrato – o produto ou serviço contratado – assim como pelo cumprimento de todos os demais deveres estabele-

216. Segundo bem demonstra Agostinho Alvim, nos contratos bilaterais, cada contraente responderá pelo dano oriundo do ato culposo. No caso, em direito do consumidor, ainda que se exclua a culpa como requisito da responsabilidade também neste caso de descumprimento da oferta, note-se que há obrigação, nos mesmos termos do direito comum, a indenização dos danos a que tiver dado causa. Veja-se: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1972. p. 197.

217. Neste sentido a Súmula 370, do STJ: "Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado."

cidos ao fornecedor por força de lei (os deveres estabelecidos pelo CDC), e também os decorrentes da incidência do princípio da boa-fé sobre a relação de consumo.

Neste sentido, são diversas as condutas e situações que se colocam sob a égide das normas de direito do consumidor na etapa da execução do contrato. Primeiro, um amplo tratamento das condutas vedadas aos fornecedores no mercado de consumo, uma vez caracterizadas como práticas abusivas. Estas práticas abusivas, contudo, não se restringem ao período da execução do contrato, podendo estar presentes tanto no momento prévio à formação do contrato, quanto após sua extinção, com o adimplemento ou não da obrigação pelas partes.

Outra situação da maior importância, em consideração à realidade do mercado de consumo atual, é a regulação que as normas do CDC estabelecem para a cobrança de dívidas dos consumidores e a utilização e gestão dos bancos de dados e cadastros de consumidores. No caso dos bancos de dados, destacam-se os chamados bancos de dados de restrição ou proteção ao crédito (e.g. serviços de proteção ao crédito, SERASA), em relação aos quais a inclusão de informação negativa acerca do comportamento de consumo do consumidor, como por exemplo, a falta de pagamento de algum dos seus débitos, produz uma severa restrição do seu acesso ao consumo, razão pela qual o CDC, ao mesmo tempo em que reconhece a sua licitude, estabelece uma série de normas procedimentais e de controle da inclusão, acesso e tempo de manutenção das informações em seus arquivos. O mesmo se dá, neste aspecto, com relação aos cadastros de consumidores, organizados pelos fornecedores ou por empresas especializadas com o objetivo de aperfeiçoar sua política de *marketing* e atendimento dos consumidores. Neste caso, o problema mais sensível será a composição do conflito latente entre o direito fundamental do consumidor à privacidade e a utilização e divulgação de seus dados pessoais por intermédio do cruzamento de informações e comercialização destes cadastros.

Por fim, o exame dos contratos de consumo não prescinde do exame da ampla e decisiva regulação realizada pelo CDC acerca das cláusulas contratuais abusivas, assim como seu regime legal de nulidade, ao tempo em que se busca preservar o restante das estipulações contratuais por intermédio do procedimento de redução do contrato, em atenção ao princípio da conservação do negócio jurídico de consumo. O conceito de abusividade a ser estabelecido na exegese e aplicação das normas relativas às cláusulas abusivas no contrato de consumo, por ocasião dos mais de quinze anos de vigência do CDC, terminou por influir na redefinição do próprio conceito de abuso do direito no Brasil, determinando-lhe critérios objetivos de identificação.²¹⁸ Da mesma forma, dada a realidade de catividade e dependência do consumidor com relação a tais contratos, a importância da sua proteção contratual em relação à cláusula abusiva, optando-se pelo regime da invalidade parcial do negócio jurídico, permite o atendimento adequado da necessidade de consumir que desafia a todos na sociedade de consumo contemporânea.

Por fim, é de se examinar, no tocante ao desenvolvimento da relação contratual, a regra especial do CDC relativa à interpretação dos contratos de consumo. Neste sentido, incumbe a referência e a análise da casuística da regra do artigo 47 do Código, o qual estabelece que as "cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

2.3.1 *Proteção do consumidor contra práticas abusivas*

A disciplina das práticas abusivas nas relações de consumo é definida a partir da enumeração de condutas negociais do fornecedor que, no exercício de sua liberdade negocial, exerce

218. Sobre o tema, veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito. Proteção da confiança e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 5 e ss.

sua posição na de modo a impor ao consumidor condições negociais desfavoráveis, em vista da violação da boa-fé ou dos usos e costumes.²¹⁹ Por práticas abusivas se tem o equivalente, no direito brasileiro, ao que no direito comparado se refere como *unfair practices* no direito norte-americano ou, ainda, como consagrado no direito europeu – espécie de *práticas desleais*. Foi apresentada na exposição de motivos do Código – segundo conhecida lição de Antônio Herman Benjamin – como “u, na série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de sua situação de inferioridade econômica ou técnica.” Por isso, prossegue o jurista afirmando que: “É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas per se, independente da ocorrência de dano ao consumidor”.²²⁰

O art. 39 do CDC, em sua redação original, exprimia em seu *caput*, o comando “É vedado ao fornecedor de produtos e serviços”, seguido de série de condutas reputadas como tal. Após alteração legislativa promovida pela antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884, de 11 de junho de 1994) passou oportunamente a referir, dando conta do caráter exemplificativo das condutas e situações que mencionava, que: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas”, seguindo sua enumeração específica.

Adotou enumeração exemplificativa (*numerus apertus*), das práticas comerciais consideradas ofensivas, também em homenagem à vulnerabilidade do consumidor e ao sistema de proteção organizado pelo Código. Observa-se aqui que a técnica utilizada, se de um lado apoia-se marcadamente na boa-fé informadora das relações de consumo, de outro lado vai utilizar-se dos usos e costumes comerciais como fonte de deveres para o fornecedor (artigo 39, II). Da mesma forma, os preceitos normativos em questão buscam preservar determinadas situações ou qualidades que representem vantagem ao consumidor, como no caso da possibilidade de reflexão para formação da vontade negocial, a garantia de formação do consenso, seu esclarecimento e informação, dentre outras espécies de cláusulas de proteção da efetiva liberdade contratual da parte vulnerável.

Ocorre que, da técnica de enunciação exemplificativa de várias condutas do fornecedor proibidas por lei, bem como sua dissociação da existência anterior de contrato de consumo, ou movidas com o propósito de proteção simultânea do interesse do consumidor e da livre concorrência, os vários comportamentos relacionados pelo legislador devem ser interpretados segundo um sentido comum. Daí a expressão utilizada, assinalando a *abusividade* da conduta – e neste sentido reconduzindo não apenas ao conceito tradicional de *abuso do direito*, senão também de *abuso de posição jurídica* pelo fornecedor²²¹ – tem a virtude de promover certa *unidade conceitual* às condutas expressamente infirmadas na norma. Do mesmo modo, facilita a identificação de outras que ostentem características semelhantes nas relações entre fornecedores e consumidores estabelecidas no mercado de consumo.

219. Sobre o tema, veja-se, dentre outros: SAYEG, Ricardo Hasson. Práticas comerciais abusivas. Revista de Direito do Consumidor v. 7. São Paulo: RT, p. 37 e ss; LISBOA, Roberto Senise. Prática comercial abusiva. Revista de Direito do Consumidor v. 39. São Paulo: RT, jul.-set./2001, p. 199-204; PFEIFFER, Roberto C. Proteção do consumidor e defesa da concorrência. Paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. Revista de Direito do Consumidor v. 78, São Paulo: RT, p. 131 e ss. Da mesma forma o livro de: SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. Práticas mercantis no direito do consumidor. Curitiba: Juruá, 1999.

220. BENJAMIN, Antônio Herman et alli. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 361.

221. MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 242-243.

As relações de consumo, sendo consideradas na sociedade contemporânea, menos como expressão de liberdade contratual, e mais como a realização de uma necessidade de consumir,²²² imprimem à ideia de abuso a noção de prevalência da posição dominante (*Machtposition*)²²³ do fornecedor na relação de consumo, de uma situação de vulnerabilidade do consumidor. Neste sentido é que a doutrina consumerista especializada interpreta esta noção de abuso justamente em vista da desigualdade de posições, e o exercício opressivo da posição dominante pelo fornecedor. Assim, por exemplo, Guilherme Fernandes Neto, que após referir sobre a formação histórica do conceito de abuso do direito, identifica-o em relação ao direito do consumidor, a partir de cinco critérios, quais sejam: a *desproporcionalidade*, o *desvio da função social*; o *desvio da função econômica*; a *incompatibilidade com a equidade*; e a *incompatibilidade com a boa-fé*.²²⁴

Há uma eficácia equivalente entre o *abuso* – que é como se dá o exercício de direitos ou liberdades em desconformidade aos limites estabelecidos pelo próprio Direito – e o *ilícito* – como ocorre quando a lei, simplesmente, proíbe determinadas condutas. A utilidade da noção de abuso, contudo, deve-se a uma razão qualitativa de sua configuração, apontando a doutrina predominante, para a violação de limites estabelecidos pela boa-fé – conforme sustentam, dentre outros, Gabriel Stiglitz²²⁵, Claudia Lima Marques²²⁶, Heloisa Carpena²²⁷, Judith Martins Costa²²⁸ e Plínio Lacerda Martins²²⁹. A centralidade da boa-fé como limite ao exercício da liberdade negocial é evidenciada no direito do consumidor, ademais em vista da consagração expressa do princípio pelo CDC.²³⁰

Neste sentido, aliás, vem entendendo a própria jurisprudência brasileira, a partir de vigoroso desenvolvimento do princípio da boa-fé objetiva nas relações de consumo, em especial como critério para a caracterização das cláusulas e das práticas abusivas. Assim, por exemplo,

-
222. Sobre o tema, veja-se meu: MIRAGEM, Bruno. O direito do consumidor como direito fundamental. Consequências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 43. São Paulo: RT, jul.-set. 2002. p. 111 *et seq.*
223. Neste sentido: MARQUES. *Contratos...*, p. 148.
224. FERNANDES NETO, Guilherme. *Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 92 *et seq.*
225. STIGLITZ, Gabriel. O direito do consumidor e as práticas abusivas - realidade e perspectivas na Argentina, *Revista de direito do consumidor*, v. 3, São Paulo: RT, jul.-set. 1992, p. 27-35.
226. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no CDC*, 4.ª ed., p. 684. c
227. CARPENA, Heloisa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 71 *et seq.*
228. MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 611-661.
229. MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. em especial, p. 51 *et seq.*
230. Vejam-se as considerações de Claudia Lima Marques em nossos comentários: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...*, p. 627. E as considerações de Ester Lopes Peixoto, para quem "ao inserir a boa-fé como princípio informador das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor operou verdadeira revolução no direito obrigacional, na medida em que dotou o Poder Judiciário da ferramenta que lhe faltava para solução de inúmeros casos práticos oriundos das relações de massa e, além disso, permitiu o recurso à analogia para introduzir o mandamento da boa-fé também nas relações entre particulares". PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 45, p. 140-171. jan.-mar. 2003.

foi o entendimento do STJ no caso em que a seguradora, tendo aceitado o pagamento parcelado do prêmio, e recebido parte deste, alega posteriormente, após a ocorrência do sinistro e o requerimento da indenização pelo consumidor, que o contrato apenas seria celebrado com a emissão da apólice. Tratou-se, na hipótese de evidente comportamento contraditório da seguradora, contrário à boa-fé, razão pela qual foi qualificada como prática abusiva.²³¹

Contudo, deve-se destacar que a noção de prática abusiva também se orienta a partir da consideração de outros limites ao exercício da liberdade negocial e do direito previstos no art. 187 do Código Civil, e que demarcam a categoria do abuso do direito, a saber: os fins econômicos ou sociais e os bons costumes.²³² Assim o art. 187 do Código Civil “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”²³³

A interpretação e aplicação das várias hipóteses legais previstas nos incisos do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor devem observar, o quanto possível, certa unidade entre as várias situações ali descritas. Esta se dá mediante a compreensão da noção de posição dominante (Machtposition) e seu exercício abusivo. O mesmo se diga, em razão do caráter aberto da norma, sobre a descrição das condutas proibidas e a plasticidade das sanções admitidas, visando coibir e reprimir tais práticas. Trata-se, no mais das vezes, de interpretação isolada de uma ou outra conduta, segundo circunstâncias particulares dos fatos em causa, sem adesão à noção legal de prática abusiva tanto como instrumento de proteção do consumidor individual ou coletivamente considerado, quanto também da própria estabilidade e regular funcionamento do mercado de consumo.

Promover-se uma visão sistemática de prática abusiva e sua densidade conceitual, é essencial para que se estabeleçam, igualmente, critérios seguros para a interpretação e concreção de muitas das condutas descritas no art. 39 do CDC, propositalmente redigido com o uso de conceitos indeterminados. A definição do que seja “justa causa” (art. 39, incisos I e X), “conformidade com usos e costumes” (art. 39, inciso II), “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor” (art. 39, inciso IV), ou “vantagem manifestamente excessiva” (art. 39, inciso V), exige que se tenha um sentido comum na interpretação da noção de prática abusiva e sua repercussão para o consumidor e o mercado de consumo. A ausência de critérios razoavelmente definidos e reconhecidos como tais, dão causa ao próprio comprometimento da efetividade da norma, uma vez presente a possibilidade de sua interpretação e aplicação ficar sujeita ao discernimento da autoridade competente para a decisão – administrativa ou judicial. E nestes termos, sujeita às impugnações previstas em nosso sistema – em prejuízo da finalidade de repressão às condutas ilícitas de fornecedores que abusem de sua posição.

231. “Seguro. Vigência. Proposta. A companhia de seguro que recebe parcelas do prêmio relativas a uma proposta de seguro, na qual está consignado que a data da vigência da cobertura corresponde a da assinatura da proposta, não pode deixar de pagar a indenização pelo sinistro ocorrido depois, alegando que o contrato somente se perfectibiliza com a emissão da apólice, pois todo o seu comportamento foi no sentido de que o negócio já era obrigatório desde então. Prática abusiva vedada pelo código de defesa do consumidor, cujos princípios devem orientar a interpretação do artigo 1.433 do CC. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 79.090/SP, 4.ª T., j. 05.03.1996, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJU 29.04.1996. p. 13.422).

232. MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 142 e ss.

233. O Código Civil de 2002, ao bipartir as cláusulas de ilicitude, indicou, ao lado da tradicional cláusula de ilicitude culposa (art. 186 do CC/02, reproduzindo em parte o art. 159 do Código Civil de 1916), uma nova cláusula de ilicitude, por exercício abusivo de direitos (art. 187). Para o tema, remeto a: MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito. 2.ª ed. São Paulo: RT, 2013, cit.

2.3.1.1 Caracterização das práticas abusivas

A previsão das práticas abusivas no direito brasileiro, por intermédio do art. 39 do CDC, abrange série de condutas proibidas do fornecedor, consideradas abusivas em face da sua posição de poder em relação ao consumidor. Aproxima-se, porém, sem identificar-se plenamente, com as práticas de concorrência desleal²³⁴, ainda que algumas das condutas mencionadas na norma possam ter reflexos tanto na lesão à livre concorrência, quanto do interesse do consumidor.

A técnica de não exaustão das hipóteses previstas na lei, de sua vez, deve-se ao reconhecimento da criatividade negocial, seja em aspecto positivo – para formatação de diferentes modelos de negócio – mas no caso específico, também em sentido negativo, da adoção de diferentes condutas suscetíveis de qualificação como práticas abusivas.²³⁴ A rigor, as várias hipóteses previstas na lei, conforme já afirmamos, “buscam preservar determinadas situações ou qualidades que representem vantagem ao consumidor, como no caso da possibilidade de reflexão para formação da vontade negocial, a garantia de formação do consenso, seu esclarecimento e informação, dentre outras espécies de cláusulas de proteção da efetiva liberdade contratual da parte vulnerável.”²³⁵

A jurisprudência brasileira vai desenvolver os conceitos estabelecidos na norma, com maior ocorrência de algumas situações, como as hipóteses de venda casada²³⁶, ou de envio não solicitado de produto ou serviço²³⁷. Por outro lado, a proibição de determinadas práticas no curso da atividade negocial do fornecedor implicam na delimitação do espaço de exercício da liberdade negocial do fornecedor, assegurada no art. 170, *caput*, da Constituição da República, que coloca como bases da ordem econômica os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Tem seu fundamento no princípio da defesa do consumidor que conforme o exercício desta liberdade (art. 170, V).

A técnica legislativa pela qual optou o legislador foi a de estabelecer a proibição das condutas enunciadas nos incisos do art. 39, do CDC. Tornou-as, portanto, ilícitas, qualificando-as como espécies de práticas abusivas. Trata-se de clara delimitação da autonomia privada do fornecedor como agente econômico, traçando limites ao exercício da liberdade de iniciativa e a criatividade que caracteriza a atividade econômica em um sistema de economia de mercado.

A escolha, pelo legislador, da qualificação das práticas como abusivas, deste modo, foi de todo pertinente. No direito europeu, posterior à edição do CDC, a Diretiva 2005/29/CE, sistematizou as práticas comerciais desleais proibidas, alterando disposições havidas em série normas quais foram tipificadas práticas específicas, como nas relativas a publicidade comparativa (Diretiva 84/450/CEE), contratos à distância (Diretiva 97/7/CE), ações inibitórias em proteção dos interesses dos consumidores (Diretiva 98/27/CE), e a relativa à comercialização à distância de serviços financeiros prestados a consumidores (Diretiva 2002/65/CE).

234. BENJAMIN, Antônio Herman et alii. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 362.

235. MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 283.

236. REsp 384.284/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 20.08.2009, DJe 15.12.2009; REsp 969.129/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2.ª Seção, j. 09.12.2009, DJe 15.12.2009; REsp 1397870/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.ª T., j. 02.12.2014, DJe 10.12.2014.

237. Assim a Súmula 532 do STJ: “Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito a aplicação de multa administrativa.”

A norma europeia distingue práticas enganosas e agressivas. As condutas previstas na Diretiva 2005/29/CE, coincidem em parte com o sentido de várias condutas consideradas abusivas pelo art. 39 do CDC. O art. 8.º da Diretiva define práticas comerciais como agressivas “se, no caso concreto, tendo em conta todas as suas características e circunstâncias, prejudicar ou for suscetível de prejudicar significativamente, devido a assédio, coação — incluindo o recurso à força física — ou influência indevida, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor médio em relação a um produto, e, por conseguinte, o conduza ou seja suscetível de o conduzir a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo.”

Em parte, a proteção da liberdade do consumidor é preservada no direito brasileiro, pelo disposto no art. 39, IV, do CDC, ao definir como prática abusiva proibida “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. A definição concreta de como se caracteriza este *prevalecimento*, contudo, merecerá interpretações em acordo com as circunstâncias do caso, e também pelas condições específicas do consumidor. Trata-se de norma utilizada de modo importante na proteção dos consumidores com *vulnerabilidade agravada*, porém, aí não esgota seu sentido e alcance. Neste sentido, observa-se a mesma orientação da Diretiva 2005/29/CE, a qual, conforme exata observação de Norbert Reich, não tratou de mencionar “consumidor vulnerável”, senão “consumidores cujas características o façam particularmente vulneráveis” a práticas abusivas.²³⁸ A definição também não é fácil no direito europeu. Assim refere o mestre alemão, “o conceito consumidor vulnerável se considera lado a lado com o conceito consumidor informado”.²³⁹ O que é útil, sobretudo, para compor o sentido e a repercussão da definição de consumidor com vulnerabilidade agravada. Daí a conveniência, inclusive, de melhor precisão das condições de *prevalecimento* a partir da identificação de condutas concretas do fornecedor, o que se revela tarefa da doutrina e da jurisprudência.²⁴⁰

Há necessidade de marcos seguros para a interpretação dos limites à liberdade negocial definidos na lei. Sua generalidade pode servir tanto para deixar de identificar e coibir condutas prejudiciais aos consumidores, quanto ao contrário, definir-se por excesso de discrimen da autoridade judicial ou administrativa, um nível de intervenção e juízo sobre condutas dos agentes económicos em sentido diverso do que a norma pretende oferecer.

2.3.1.2 Sanções para a violação da proibição de práticas abusivas

Além da enumeração exemplificativa das condutas tipificadas como proibidas, outra característica particulariza a disciplina das práticas abusivas pelo CDC, com respeito às sanções pela violação da proibição pelos fornecedores. Neste aspecto, note-se que a regra de proibição foi económica. Apenas estabeleceu a vedação às condutas que define, dentre outras que podem ser acrescidas mediante interpretação e concreção judicial do conceito indeterminado de prática abusiva. Nada mencionou sobre as sanções nos casos de violação da proibição. E, neste aspecto, surgem duas possibilidades de interpretação da regra: uma primeira, mais restritiva, indicaria a impossibilidade da cominação de sanções frente à ausência de previsão expressa. Outra, mais abrangente – e acolhida corretamente no direito brasileiro – de que a ausência de

238. REICH, Norbert. *General principles of EU Civil Law*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 56.

239. REICH, Norbert. *General principles of EU Civil Law*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 56.

240. Veja-se, assim: STJ, REsp 1329556/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 25.11.2014, DJe 09.12.2014; TJRS, ApCiv N.º 70066551318, 23.ª Câmara Cível, Rel. Ana Paula Dalbosco, j. 24.11.2015.

sanções específicas, ao tempo em que se define como proibidas certas condutas enunciadas, caracteriza o ilícito da violação da proibição. Neste caso, reconhecido o ilícito, todas as sanções que o rejeitem são admitidas.

Desse modo, o ilícito que causa dano gera o dever de indenizar. O mesmo se diga quando, em razão de uma prática abusiva, celebra-se um contrato – assim, por exemplo, o contrato que tenha sido celebrado mediante conduta tipificada no art. 39, IV, ou seja, pelo fato de ter havido prevailecimento da fraqueza ou ignorância do consumidor – o qual será inválido, se demonstrado que não houve consentimento livre e consciente do consumidor, ou parcialmente ineficaz, quando se trate de preservar vantagens asseguradas na lei. Assim, por exemplo, pela incidência do art. 46 do CDC: “Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

Aliás, a única hipótese de sanção específica prevista em relação às práticas abusivas do art. 39, do CDC – no caso, em seu parágrafo único – confere a ineficácia parcial da obrigação celebrada mediante prática abusiva do fornecedor. Estabelece a norma em questão: “Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se a amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.” A solução do legislador foi sábia. Afinal, o envio não solicitado de produto ou serviço, se viesse a ser rejeitado pelo consumidor, consequência natural seria a do reconhecimento da inexistência de contrato (ausência absoluta do consentimento), o que poderia suscitar, apesar de não solicitado, um dever de restituição pelo consumidor. O legislador, deste modo, definiu causa legal para que o consumidor mantenha consigo o produto ou serviço mediante sua equiparação à amostra grátis, desobrigando o pagamento. O efeito da regra compreende, ao mesmo tempo, a outorga de uma vantagem ao consumidor e da sanção ao fornecedor, em razão da prática abusiva de envio não solicitado.

As sanções de invalidez ou ineficácia decorrem do ilícito. O art. 166, VII, do Código Civil é didático: “É nulo o negócio jurídico quando: VII – A lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.” Da mesma forma, pode nascer o dever de reparar danos causados pelo ato ilícito. Se da prática abusiva decorrer dano ao consumidor, há dever de indenizar do fornecedor.

A legitimidade para a pretensão será individual – se prejudicado por uma venda casada (art. 39, I), por exemplo, pode o consumidor pleitear a nulidade de um dos contratos celebrados – ou coletiva, quando a prática se dissemine atingindo consumidores determináveis ou não, atraindo a incidência do art. 82 do CDC, e o rol e entes legitimados para a tutela coletiva do consumidor. Da mesma forma, sendo proibidas as práticas abusivas, também os órgãos administrativos tem o poder-dever de agir para coibir as infrações à regra de proibição.

Ao lado das sanções havidas no âmbito do processo judicial e da dedução de pretensão dos prejudicados, diretamente ou por seus substitutos, age também a Administração por intermédio do exercício de seu poder de polícia. Neste caso, dispõe a Administração das sanções de caráter repressivo, previstas no art. 56 do CDC (em especial a multa pecuniária).

2.3.1.3 Critérios para interpretação e concreção das condutas definidas como práticas abusivas

A enunciação pela norma, de situações várias caracterizadas como espécies de prática abusiva, não impede que se identifiquem critérios comuns, que sinalizem quando o exercício

da liberdade negocial do fornecedor desborda dos limites definidos pelas normas de proteção do consumidor. Três critérios principais devem ser considerados. Primeiro, a *anormalidade* ou *excesso* do exercício da liberdade negocial do fornecedor. Em seguida, a *repercussão coletiva* que caracteriza a prática abusiva, sem prejuízo de dar causa a efeitos concretos ao consumidor individualmente considerado. Por fim, a *deslealdade* e *violação da boa-fé* que caracterizam a prática abusiva.

2.3.1.3.1 Anormalidade ou excesso do exercício da liberdade negocial pelo fornecedor

Refere-se à *anormalidade* ou ao *excesso* no exercício da liberdade negocial pelo fornecedor quando se identifica que sua atuação nas relações estabelecidas com consumidor não seguem curso que seria considerado razoável, ou ainda que se pudesse presumir em razão da natureza da atividade, dos produtos e serviços prestados e das características do mercado em que está inserido.

Esta anormalidade ou excesso se pode verificar, conforme o caso, a partir de um critério quantitativo, pelo qual o fornecedor pretenda obter vantagem manifestamente excessiva do consumidor em vista do exercício de sua posição dominante (assim, por exemplo, as situações de que trata o art. 39, incisos V e X); ou a partir de critério qualitativo, em especial quando decorra de uma prática desleal, violadora da boa-fé, mediante dissimulação ou se aproveitando da vulnerabilidade, dependência ou catividade do consumidor.

2.3.1.3.2 Dimensão coletiva das práticas abusivas

A dimensão ou repercussão coletiva das práticas abusivas também é um critério a ser considerado na interpretação das condutas do fornecedor, de modo a qualificá-las como proibidas. Neste particular, note-se que o comportamento do fornecedor e os vários atos que pratica no âmbito das relações de consumo podem ser qualificados de mais de uma forma, espécie de “dupla qualificação”.

Conforme é reconhecido por todos, o CDC, especialmente nas normas sobre direito material, revela-se como uma lei principiológica. O uso da expressão – que já consagrado talvez não seja o melhor, dada a definição estrita de princípio em Direito – serve para indicar que não se ocupou o legislador de pormenores ou situações específicas, senão traçou grandes linhas para atuação dos fornecedores, deduzidas a partir de deveres que lhe foram impostos, em relação correspectiva com os direitos assegurados aos consumidores. Isso implica dizer que não há no Código, salvo exceções²⁴¹, situações em que será definido em detalhes como atender determi-

241. Com justiça mencione-se a definição detalhada do conteúdo da informação devida na oferta e apresentação de produtos, prevista no art. 31 do Código: “A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.” Não se perde de vista, que será esta mesma norma, em que pese seu nível de exatidão, objeto de intensa atividade regulamentar por parte de órgãos administrativos competentes, como, por exemplo, no caso dos alimentos e medicamentos, por exemplo, por intermédio da AN-VISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária. De qualquer sorte, quais sejam os riscos à saúde e segurança dos consumidores, no tocante a sua intensidade para efeito de informação ao consumidor,

nado dever pelo fornecedor, ou o conteúdo detalhado deste dever. Isso implica, especialmente quando se trate de situações contratuais, por exemplo, que a violação de qualquer dever pelo fornecedor, ao caracterizar o inadimplemento do contrato, também se possa configurar como vício do produto ou do serviço, ou como violação da oferta, da publicidade, como prática abusiva e assim por diante.

No caso das práticas abusivas, isso pode ocorrer, por exemplo, nas situações em que haja o inadimplemento do contrato de consumo pelo fornecedor, desde que a situação caracterize-se como situação prevista expressamente no art. 39, ou ainda – dado o caráter exemplificativo da norma – por outra situação que se identifique como prática abusiva, pode sujeitar o fornecedor a duas sanções. Aquela decorrente do inadimplemento, e outra em razão da prática abusiva. Ocorre que nestas situações, parece claro a necessidade de reconhecer-se à repressão que a lei define às práticas abusivas a partir de uma dimensão coletiva de seus efeitos.

Note-se que há situações nas quais o inadimplemento não se dá por abusividade da conduta, mas simples erro que dá causa ao descumprimento do contrato, caso de simples inadimplemento. Em outras situações, contudo, a conduta definida como prática abusiva, sequer gera dano ao consumidor, pode inclusive lhe representar individualmente uma vantagem. Porém, neste caso, o sentido da proibição explica-se por seus efeitos para a coletividade. A tensão entre o consumidor individual e a coletividade de consumidores, ou entre consumidores atuais e futuros (futuras gerações).

Exemplos não faltam. A prática de venda casada (art. 39, I), é ilustrativa. Pode inclusive ser vantajosa, em certas situações, se tomado o interesse individual do consumidor. Porém, será abusiva, uma vez que o condicionamento da venda de um produto à aquisição de outro revela a ineficiência de um deles, de modo que a prática prejudica a livre concorrência entre agentes econômicos e produtos que com ele competem por mercado. Não se cogita de dano ou vantagem individual, mas simplesmente da preservação do interesse da coletividade.²⁴²

No direito europeu, a doutrina reconhece dois critérios básicos para a identificação das práticas desleais. De um lado, um critério objetivo, que implique no comprometimento da autonomia do consumidor. De outro um critério subjetivo, através de conduta culposa ou dolosa que vise prejudicar ou impedir uma decisão legítima do consumidor.²⁴³ A Diretiva 2005/29/CE,

ou ainda os outros dados a que se refere a norma, será objeto de exame específico para cada espécie de produto ou serviço.

242. Sobre o tema, cite-se conhecida decisão do STJ, de relatoria do Min. Herman Benjamin sobre o tema, no qual refere: “a norma é clara: há ilegalidade quando o fornecimento de produto ou serviço é condicionado à aquisição, pelo consumidor, de outro bem ou de injustificados limites quantitativos. Na primeira situação, a prática abusiva se configura pela falta de pertinência (ou necessidade natural) na venda conjunta dos produtos ou serviços, ou seja, pela exigência, qualquer que seja o motivo, de aquisição combinada de bens de consumo que, como regra, são oferecidos ou fornecidos separadamente.” E prossegue: “Em outras palavras, a venda (ou melhor, fornecimento) casada é avessa à justa causa; dito de outra forma, é prática inexoravelmente abusiva, por mais que se busquem pretextos criativos para legitimá-la. Assim, o fato de a venda casada ser imposta apenas para pagamento a prazo não descaracteriza a prática abusiva, permanecendo o indevido condicionamento à aquisição do produto objetivado pelo consumidor.” (STJ, REsp 384.284/RS, 2.ª T., j. 20.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 15.12.2009).

243. MICKLITZ, Haus W. The general clause on unfair practices. In: HOWELS, Geraint. MICKLITZ, Haus –W. WILHELMSSON, Thomas. European fair trading law. The unfair commercial practices directive. Hampshire: Ashgate, 2006, p. 104-105.

todavia, orienta-se claramente pelo critério objetivo, o que faz sentido considerando o propósito de proteção da autonomia do consumidor. Assim, tratando-se de práticas enganosas, serão consideradas prejudiciais ao consumidor *per se*, independente de causar danos a um ou mais consumidores.²⁴⁴ No caso estará presente uma violação à boa-fé, uma deslealdade, que por isso será sancionada.

Não se confunde, portanto, a definição de prática abusiva com situações que se restrinjam a simples inadimplemento específico de um contrato pelo fornecedor. Ou seja, deve-se distinguir entre a configuração da prática abusiva e suas sanções, e os pressupostos da responsabilidade do fornecedor pelo inadimplemento frente aos consumidores com quem mantenham contrato, cuja solução se dá segundo as regras próprias do descumprimento contratual. Daí porque se reconhece uma dimensão coletiva, que implica na identificação da prática abusiva com um proceder específico, pela organização ou reiteração de uma conduta, a qual tem por consequência, igualmente, a definição e aplicação sanções administrativas e judiciais eficazes ao propósito de repressão da conduta e sua modificação. De modo a beneficiar a coletividade de consumidores e, mesmo, promover o aperfeiçoamento do próprio mercado.

2.3.1.3.3 Deslealdade e violação da boa-fé

A definição de práticas abusivas traz consigo a violação de um dever de lealdade do fornecedor com o consumidor. Em muitas das hipóteses previstas no art. 39 do CDC isso fica claro, uma vez que destaca um aproveitamento da posição e do poder do fornecedor, para impor certo comportamento ao consumidor. Há, nestes casos, violação dos deveres de lealdade, colaboração e respeito às legítimas expectativas que decorrem da boa-fé objetiva.²⁴⁵

A experiência concreta de práticas do mercado, assim como a lição do direito comparado em relação à conduta negocial de certos fornecedores, mediante adoção de diversas estratégias para impingir (o uso deste verbo pelo legislador brasileiro no art. 39, IV, do CDC, é ilustrativo) produtos e serviços, sugere a conveniência de se detalhar estas condutas desleais. Foi a opção da Diretiva 2005/29/CE, que ao tratar das práticas comerciais agressivas, identificou como tal as que caracterizem assédio, coação ou influência indevida.

Estabelece o art. 9.º da Diretiva: “Artigo 9.º - Utilização do assédio, da coação e da influência indevida: A fim de determinar se uma prática comercial utiliza o assédio, a coação — incluindo o recurso à força física — ou a influência indevida, são tomados em consideração os seguintes elementos: a) O momento e o local em que a prática é aplicada, sua natureza e persistência; b) O recurso à ameaça ou a linguagem ou comportamento injuriosos; c) O aproveitamento pelo profissional de qualquer infortúnio ou circunstância específica de uma gravi-

244. Assim a recente decisão do Tribunal de Justiça da UE, C-388/13, de 16.04.2015: “A Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho («diretiva relativa às práticas comerciais desleais»), deve ser interpretada no sentido de que a comunicação, por um profissional a um consumidor, de uma informação errada, como a que está em causa no processo principal, deve ser qualificada de «prática comercial enganosa», na aceção desta diretiva, ainda que essa comunicação só diga respeito a um único consumidor.”

245. MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor, 5.ª ed, p. 283 e ss. MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de defesa do consumidor. 7.ª ed. São Paulo: RT, cit.

dade tal que prejudique a capacidade de decisão do consumidor, de que o profissional tenha conhecimento, com o objetivo de influenciar a decisão do consumidor; d) Qualquer entrave extracontratual oneroso ou desproporcionado imposto pelo profissional, quando o consumidor pretenda exercer os seus direitos contratuais, incluindo o de resolver o contrato, ou o de trocar de produto ou de profissional; e) qualquer ameaça de intentar uma ação, quando tal não seja legalmente possível.”

A solução europeia impressiona pelo nível de detalhamento e objetividade dos critérios, auxiliando na atividade do intérprete. Verifica-se nas condutas mencionadas a violação dos deveres de lealdade e boa-fé, por intermédio de ações do fornecedor, que intimidem, atemorizem ou simplesmente busquem ludibriar ou aproveitar-se de uma situação de fraqueza do consumidor. Tais critérios, embora não previstos normativamente no direito brasileiro, são igualmente úteis na interpretação das hipóteses do art. 39, IV, do CDC. O dever de ser leal, de respeitar o consumidor, implica em atitudes positivas do fornecedor, esclarecendo e aconselhando com transparência a decisão de compra. E implica também no dever de abstenção de uma conduta de aproveitamento da situação específica do consumidor, a qual possa impor-lhe sensações tais, dada certa condição de vulnerabilidade, que afetem o exercício de sua liberdade gozocial.

2.3.1.4 *As várias espécies de prática abusivas tipificadas na lei.*

Examinadas as características e critérios de identificação das práticas abusivas proibidas no direito brasileiro, passa-se à análise dos tipos legais definidos nos incisos do art. 39 do CDC, buscando realizar sua caracterização e eficácia jurídica..

2.3.1.4.1 Condicionamento do fornecimento de produto ou serviço (venda casada)

O artigo 39, I, do CDC, estabelece de modo claro, que é prática abusiva “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”. Ou seja, existindo a decisão do consumidor pela aquisição de determinado produto ou serviço, esta não pode ser subordinada, por ato do fornecedor, à aquisição de outro produto ou serviço que, a princípio, não são de interesse do consumidor. Trata-se de evidente exercício abusivo do fornecedor, que além de violar as normas de direito do consumidor, também caracteriza ilícito na legislação do direito da concorrência (artigo 36, § 3.º, XVIII, da Lei 12.529/2011),²⁴⁶ uma vez que pode servir para mascarar a eventual ineficiência deste segundo produto ou serviço que se procura impingir ao consumo.

A proibição da venda casada é uma das hipóteses mais claras de abuso nas práticas comerciais do fornecedor, uma vez que este pretende obter, mediante condicionamento da vontade do consumidor que busca adquirir produto ou serviço efetivamente desejado, uma declaração

246. “Artigo 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: § 3.º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)XVIII – subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

de vontade irreal, de aquisição de um segundo produto ou serviço absolutamente dispensável.²⁴⁷ E é em relação a esta prática abusiva que vem se estabelecendo largo desenvolvimento no direito brasileiro, notadamente nas práticas relativas a serviços bancários e de crédito,²⁴⁸ assim como, mais recentemente, à polêmica relativa aos serviços de telefonia, em relação aos quais a cobrança de valores relativos à assinatura mensal básica, independente de sua utilização efetiva pelo consumidor, vem sendo discutida judicialmente sob lógica de que se trata de venda casada. Independente da regulação do setor, e das eventuais justificativas para a cobrança destes valores (manutenção da rede, universalização do acesso), o fato é que condicionar o acesso ao serviço, à remuneração de uma utilização fixa mínima, parece configurar a prática de subordinação de aquisição de um produto (a linha telefônica) a outro (uma quantidade de serviço mínima mensal).²⁴⁹ Assim também ocorre em relação às promoções de fidelização, muito em voga em

247. "Recurso especial repetitivo. Sistema financeiro da habitação. Taxa referencial (TR). Legalidade. Seguro habitacional. Contratação obrigatória com o agente financeiro ou por seguradora por ele indicada. Venda casada configurada. 1. Para os efeitos do artigo 543-C do CPC: 1.1. No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/91, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei n. 8.177/91, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico. 1.2. É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura "venda casada", vedada pelo artigo 39, inciso I, do CDC. 2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido" (STJ, REsp 969.129/MG, 2.ª Seção, j. 09.12.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.12.2009).
248. *Apelação cível. Negócios jurídicos bancários. Ação revisional de contrato. Capitalização de juros. Periodicidade; MP 1.963/00; aplicação aos contratos posteriores a 31/3/2000. Precedente da seção de direito privado do STJ. Nulidade de cláusula que impõe a formatura de contrato de seguro para a concessão de empréstimo. É de ser mantida a sentença de primeiro grau, pois a imposição de contrato de seguro para o fim de possibilitar a concessão de empréstimo configura venda casada, o que afronta o artigo 39, I, do CDC, devendo a mesma ser declarada nula. Repetição do indébito ou compensação: viabilidade consoante jurisprudência do STJ. Honorários advocatícios. Manutenção. Mantida a verba honorária arbitrada, que atende ao § 4.º do artigo 20 do CPC, bem como está de acordo com os precedentes desta Câmara. Recurso de apelação parcialmente provido (TJRS, ApCiv 70.017.604.927, 1.ª Câmara Especial, j. 05.12.2006, rel. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil).*
249. Em que pese o entendimento divergente, veja-se a culta decisão do TJRS sobre o tema: "*Apelação cível. Direito privado não especificado. Ação de cobrança. Assinatura básica mensal. Repetição do indébito. Da preliminar: Da competência da Justiça Federal: É entendimento reiterado na jurisprudência desta Corte e do E. STJ no sentido de que a ANATEL é parte passiva ilegítima para responder a ações em que questionada a legalidade da cobrança da assinatura básica mensal. Do mérito: A cobrança de valor referente à assinatura básica mensal viola o ordenamento jurídico vigente, na medida em que não há lei autorizando a cobrança conjunta de pulsos e assinatura. Na prática está ocorrendo a cobrança de dois valores para a mesma finalidade, um, quando o consumidor paga pelas ligações realizadas e outro, quando arca com assinatura mensal, ainda que nenhum serviço de telefonia seja prestado, procedimento este que lesa o direito do usuário/consumidor. O Estado pode, por meio de lei, impor a cobrança de tributos, entre os quais as taxas de serviço. A imposição é compulsória, fazendo o contribuinte anuir ao serviço, ainda que não o deseje receber. Diferente o é no âmbito do direito do consumidor, ramo do direito privado, no qual a relação é bilateral, sendo norteada pela autonomia da vontade, na perspectiva de proteção da vulnerabilidade do consumidor. A autonomia da vontade implica a possibilidade de recusa do recebimento do serviço, isso porque apenas contrata-se a sua vontade dirigir-se a este fim. Nos moldes da contratação realizada, para que o consu-*

setores como o da telefonia celular, no qual ao lado da oferta que permita a aquisição do aparelho celular se agrega um “pacote de serviços” pelo prazo de doze ou quinze meses, por exemplo, deve ser assegurada a possibilidade do consumidor de adquirir somente uma das opções. Da mesma forma, deve ser exercido efetivo controle sobre a possibilidade de desvinculação do consumidor do contrato de fidelidade, sem a imposição de multas e demais encargos em valor tal que o impeça na prática, de desonerar-se daquela relação contratual antes do término do prazo (catividade extrema do contrato). Portanto, é correto afirmar que há venda casada, tanto quando exista a subordinação da venda de um produto ou serviço à aquisição de outro produto ou serviço, como também quando se subordina a oferta de determinadas condições de celebração do negócio (parcelamento ou pagamento a prazo, por exemplo) à aquisição de um segundo produto/serviço que não era objeto da disposição inicial de contratação pelo consumidor.²⁵⁰ Ou quando, embora possa se tratar de um produto ou serviço útil ou necessário ao consumidor, seja ele compelido a contratar com um determinado fornecedor, como é o caso do financiamento imobiliário no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, em que o mutuário “não pode ser compelido a contratar o seguro habitacional obrigatório com a instituição financeira mutuante ou com a seguradora por ela indicada.” (Súmula 473 do STJ).

Alguna discussão pode haver quando se trate de venda casada que seja vantajosa ao consumidor individualmente considerado. Neste sentido, poderia se afirmar que, na medida em que atenda ao interesse do consumidor poderia ser admitida. Todavia, não é esse o entendimento mais adequado. Isso porque, configurando-se como ilícito de dupla dimensão, uma vez que ofende a liberdade de escolha do consumidor e a livre concorrência, o CDC admitirá apenas uma exceção em que poderá ocorrer licitamente: no caso em que havendo justa causa, subordine-se

midor usufrua de serviço público essencial com a empresa ré deve contratar o mínimo de 100 pulsos, o que caracteriza venda casada por parâmetro quantitativo. Esta prática está vedada pelo disposto no artigo 39, I do CDC. 4. Procede, parcialmente, o pedido de repetição dos valores cobrados indevidamente, mas na forma simples e não em dobro. Preliminar rejeitada. Apelação parcialmente provida” (TJRS, ApCiv 70.016.880.064, 14.ª Cam. Civ., j. 26.10.2006, rel. Judith dos Santos Mottecy).

250. Veja-se, neste sentido, o precedente do STJ: “Consumidor. Pagamento a prazo vinculado à aquisição de outro produto. ‘Venda casada’. Prática abusiva configurada. 1. O Tribunal *a quo* manteve a concessão de segurança para anular auto de infração consubstanciado no artigo 39, I, do CDC, ao fundamento de que a impetrante apenas vinculou o pagamento a prazo da gasolina por ela comercializada à aquisição de refrigerantes, o que não ocorreria se tivesse sido paga à vista. 2. O artigo 39, I, do CDC, inclui no rol das práticas abusivas a popularmente denominada ‘venda casada’, ao estabelecer que é vedado ao fornecedor ‘condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos’. 3. Na primeira situação descrita nesse dispositivo, a ilegalidade se configura pela vinculação de produtos e serviços de natureza distinta e usualmente comercializados em separado, tal como ocorrido na hipótese dos autos. 4. A dilatação de prazo para pagamento, embora seja uma liberalidade do fornecedor – assim como o é a própria colocação no comércio de determinado produto ou serviço –, não o exime de observar normas legais que visam a coibir abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos na sociedade de consumo e da vulnerabilidade do consumidor. 5. Tais normas de controle e saneamento do mercado, ao contrário de restringirem o princípio da liberdade contratual, o aperfeiçoam, tendo em vista que buscam assegurar a vontade real daquele que é estimulado a contratar. 6. Apenas na segunda hipótese do artigo 39, I, do CDC, referente aos limites quantitativos, está ressalvada a possibilidade de exclusão da prática abusiva por justa causa, não se admitindo justificativa, portanto, para a imposição de produtos ou serviços que não os precisamente almejados pelo consumidor. 7. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 384.284/RS, 2.ª T., j. 20.08.2009, rel. Min. Herman Benjamin, Dje 15.12.2009).

a venda a limites quantitativos. Da mesma forma, há de se considerar venda casada a limitação da escolha do consumidor à aquisição de determinados produtos a fornecedores pré-determinados, como é o caso do exibidor de cinema que permite o acesso a suas dependências apenas dos produtos adquiridos em um determinado bar ou lanchonete, prática notadamente abusiva.²⁵¹

A prática da venda casada, uma vez proibida pelo CDC, enseja, na hipótese de danos causados, a responsabilidade do fornecedor e, quando for o caso, a responsabilidade solidária de toda a cadeia de fornecimento,²⁵² em face dos danos aos consumidores.

2.3.1.4.2 Recusa de fornecimento

O fornecedor que exerce atividade profissional no mercado de consumo tem o exercício desta atividade sempre vinculado a uma função social e econômica (veja-se artigo 187 do CC). Neste sentido, ao submeter-se às práticas do mercado de consumo, não pode recusar-se ao fornecimento de produtos ou serviços que realiza, em face de sua atuação profissional. Neste sentido, estabelece o artigo 39, II, que configura prática abusiva “recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de

251. “Administrativo. Recurso especial. Aplicação de multa pecuniária por ofensa ao código de defesa do consumidor. Operação denominada ‘venda casada’ em cinemas. CDC, artigo 39, I. Vedação do consumo de alimentos adquiridos fora dos estabelecimentos cinematográficos. 1. A intervenção do Estado na ordem econômica, fundada na livre iniciativa, deve observar os princípios do direito do consumidor, objeto de tutela constitucional fundamental especial (CF, artigos 170 e 5.º, XXXII). 2. Nesse contexto, consagrou-se ao consumidor no seu ordenamento primeiro a saber: o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, dentre os seus direitos básicos “a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações” (artigo 6.º, II, do CDC). 3. A denominada ‘venda casada’, sob esse enfoque, tem como *ratio essendi* da vedação a proibição imposta ao fornecedor de, utilizando de sua superioridade econômica ou técnica, opor-se à liberdade de escolha do consumidor entre os produtos e serviços de qualidade satisfatória e preços competitivos. 4. Ao fornecedor de produtos ou serviços, consecutivamente, não é lícito, dentre outras práticas abusivas, condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço (artigo 39, I do CDC). 5. A prática abusiva revela-se patente se a empresa cinematográfica permite a entrada de produtos adquiridos na suas dependências e interdita o adquirido alhures, engendrando por via oblíqua a cognominada ‘venda casada’, interdição inextensiva ao estabelecimento cuja venda de produtos alimentícios constituiu a essência da sua atividade comercial como, *verbi gratia*, os bares e restaurantes. 6. O juiz, na aplicação da lei, deve aferir as finalidades da norma, por isso que, *in casu*, revela-se manifesta a prática abusiva. 7. A aferição do ferimento à regra do artigo 170, da CF é interdita ao STJ, porquanto a sua competência cinge-se ao plano infraconstitucional. 8. Inexiste ofensa ao artigo 535 do CPC, quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 9. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 744.602/RJ, j. 01.03.2007, rel. Min. Luiz Fux, DJU 15.03.2007, p. 264).

252. “Apelações cíveis. Ação declaratória cumulada com danos morais. Cartão de crédito. Título de capitalização. Não contratação. Venda casada. Nulidade do contrato. Inadimplemento. Inexigibilidade da dívida. Inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Determinação de juntada de documento. Multa diária (astreinte). Litigância de má-fé. Impossibilidade no caso em concreto. Danos morais mantidos em 25 (vinte e cinco) salários mínimos. Responsabilidade solidária entre as demandadas caracterizadas como fornecedoras. Precedentes jurisprudenciais. Sentença parcialmente procedente. Negaram provimento aos recursos. Unânime” (TJRS, ApCiv 70.015.179.765, 11.ª Câm. Civ., j. 25.10.2006, rel. Luís Augusto Coelho Braga).

conformidade com os usos e costumes”. Em outros termos, estabelece o CDC que havendo a possibilidade de fornecimento, esta não pode ser recusada sem justa causa, a qual o mesmo CDC expressamente previu como sendo a disponibilidade de estoque e os usos e costumes.

Note-se que o fornecedor não pode, ao se dispor a enfrentar os riscos da atividade negocial no mercado de consumo, pretender selecionar os consumidores com quem vai contratar. Há uma obrigação inerente de atendimento a todos os consumidores que pretenderem contratar, nos termos da oferta realizada ou do que o exercício da atividade profissional do fornecedor permita presumir. Assim, é da natureza da atividade negocial que se realizem contratos altamente vantajosos e outros nem tanto, por parte do fornecedor. Não há, portanto, a possibilidade do fornecedor recusar a contratar na hipótese de se tratar de negócios menos atraentes se e quando, pela sua atividade, propõe-se a fornecer produtos e serviços a quem se interessar, observados – como menciona o próprio CDC – os usos e costumes comerciais. Assim ocorrerá prática abusiva, por exemplo, quando o fornecedor se recusar a fornecer em razão da contratação do serviço lhe ser desinteressante porque de pequeno valor, da mesma forma quando a recusa motivar-se por discriminação ilícita²⁵³ de determinado consumidor.

2.3.1.4.3 Envio de produto ou oferecimento de serviço não solicitado

O artigo 39, III, qualifica como cláusula abusiva “enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço”. As hipóteses de envio ou fornecimento não solicitado de produto ou serviço têm seu caráter abusivo infirmado pela ausência de consentimento ou de vontade expressa do consumidor em adquiri-los. Ou seja, há também aqui o propósito de constranger o consumidor a realizar a contratação buscando, sob o argumento da facilitação do negócio, caracterizá-la em sua visão, como fato consumado. A tais situações, o CDC estabelece uma sanção específica, no artigo 39, parágrafo único, o qual refere: “Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento”. Ou seja, equipara-se o produto ou serviço entregue ao consumidor sem sua solicitação à amostra grátis, não havendo obrigação do beneficiário ao pagamento. Entendimento algo difundido sustenta que tal disposição prevê hipótese que autoriza o enriquecimento sem causa pelo consumidor. Não parece correto. A hipótese aqui é a de determinação legal de uma causa de atribuição patrimonial ao consumidor. Ou seja, não se trata de enriquecimento sem causa, uma vez que a causa de acréscimo patrimonial pelo consumidor é determinada pela própria norma legal. O que existe é espécie de sanção do fornecedor, mediante a conversão do ato negocial cuja vontade inicial era de revestir-se do caráter oneroso, em contrato gratuito, na medida em que se desobriga o consumidor ao pagamento.

A jurisprudência brasileira, já firmou seu entendimento a respeito do tema, tanto no que diz respeito ao envio não solicitado de cartões de crédito ao consumidor,²⁵⁴ assim como no caso do fornecimento de serviços onerosos tipo “0900”, sem a prévia solicitação do consumidor do

253. Neste sentido, vejam-se os exemplos de práticas discriminatórias ilícitas nas relações de consumo em: ROLLO, Artur. *Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo*, p. 147 et seq.

254. Assim a Súmula 543 do STJ: “Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa.” (STJ, Súmula 532, Corte Especial, j. 03.06.2015, DJe 08.06.2015). Entendimento em acordo com expressiva jurisprudência, conforme se percebe, por exemplo, em: TJRS, ApCiv 70.016.318.362, 11.ª Câm. Civ., j. 25.10.2006, rel. Voltaire de Lima Moraes; no mesmo

contrato da linha telefônica.²⁵⁵ Neste sentido, tanto a cobrança do serviço, quanto eventual registro do consumidor nos bancos de dados de proteção ao crédito na hipótese de não pagamento, configuram hipótese de responsabilização do fornecedor pelos danos causados.²⁵⁶

2.3.1.4.4 Aproveitamento da vulnerabilidade agravada do consumidor

A proteção do consumidor tem por fundamento a presunção legal de vulnerabilidade. De acordo com o princípio da vulnerabilidade estabelecido no artigo 4.º, III, do CDC, todos os consumidores são vulneráveis. Ocorre que para além da vulnerabilidade, existem características pessoais, subjetivas, e identificadas em alguns consumidores e não em todos, que determinam uma fragilidade ainda maior, em razão da idade (idosos e crianças),²⁵⁷ condição

sentido: STJ, REsp 1.199.117/SP, 3.ª T., j. 18.12.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 04.03.2013).

255. Neste sentido, destaca-se a jurisprudência do STJ: “*Telefone. Serviço 900. Disque prazer. Código de Defesa do Consumidor.* O serviço “900” é oneroso e somente pode ser fornecido mediante prévia solicitação do titular da linha telefônica. Recurso conhecido e provido.” (STJ, 4.ª T., REsp 258.156/SP, j. 21.09.2000, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJU 11.12.2000, p. 210); “*Consumidor. Serviços de 900. Disque prazer. Cobrança. Necessidade de prévia solicitação.* CDC, artigo 39, III. A cobrança de serviço de ‘900 – disque prazer’ sem a prévia solicitação do consumidor constitui prática abusiva (CDC, artigo 39, III). Se prestado, sem o pedido anterior, tal serviço equipara-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento (CDC, artigo 39, parágrafo único). – Recurso provido” (STJ, REsp 318.372/SP, 3.ª T., j. 27.04.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 17.05.2004, p. 213); “*Civil e processual. Cobrança de ligações para tele-sexo. Oferecimento de serviço ou produto estranho ao contrato de telefonia sem anuência do usuário. Invalidez. Ônus da prova positiva do fato atribuível à empresa concessionária. Inscrição da titular da linha telefônica no CADIN. Danos morais. Código de defesa do consumidor, artigos 6.º, VIII e 31, III. I. O ‘produto’ ou ‘serviço’ não inerente ao contrato de prestação de telefonia ou que não seja de utilidade pública, quando posto à disposição do usuário pela concessionária – caso do ‘tele-sexo’ – carece de prévia autorização, inscrição ou credenciamento do titular da linha, em respeito à restrição prevista no artigo 31, III, do CDC. II. Sustentado pela autora não ter dado a aludida anuência, cabe à companhia telefônica o ônus de provar o fato positivo em contrário, nos termos do artigo 6.º, VIII, da mesma Lei 8.078/90, o que ocorreu. III. Destarte, se afigura indevida a cobrança de ligações nacionais ou internacionais a tal título, e, de igual modo, ilícita a inscrição da titular da linha como devedora em cadastro negativo de crédito, gerando, em contrapartida, o dever de indenizá-la pelos danos morais causados, que não de ser fixados com moderação, sob pena de causar enriquecimento sem causa. IV. Recurso especial conhecido e provido em parte” (STJ, REsp 265121/RJ, 4.ª T., j. 04.04.2002, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 17.06.2002, p. 267).*
256. “*Consumidor. Abusividade. Ilícitude.* Envio, sem solicitação, de cartão de crédito. CDC, 39, III. Cobrança, demais, de taxas de anuidade. Envio indevido do nome ao SPC. Triplo fundamento para os danos morais, que se reconhecem, fixada indenização. Apelo improvido” (TJRS, 19.ª Câmara, ApCiv 70.015.364.896, j. 15.08.2006, rel. Des. Mário José Gomes Pereira). E: “*Apelação cível. Emissão e envio de cartão de crédito sem autorização do consumidor. Inexistência de débito.* Comprovado que o banco demandado enviou cartão de crédito em nome do demandante sem sua solicitação. Cobrança de anuidade e registro do nome do consumidor no SERASA, irregulares, o que implica na declaração de inexistência de débito e exclusão do registro nos órgãos de restrição de crédito. Apelo desprovido. Decisão unânime” (TJRS, ApCiv 70.015.146.798, 10.ª Câmara, j. 25.05.2006, rel. Des. Jorge Alberto Schreiner Pestana).
257. Sobre a vulnerabilidade agravada dos consumidores idosos, veja-se o exame específico no item 4.1.2, da Parte II, desta obra. Assim como o estudo de: MARQUES, Claudia Lima. *Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de*

socioeconômica e cultural (o consumidor pobre, o consumidor analfabeto), qualidades a que se denomina vulnerabilidade agravada do consumidor.

É reconhecido pela jurisprudência o conceito de hipossuficiência como critério de inversão do ônus da prova pelo juiz, em favor do consumidor. Todavia, examinando-se os casos concretos, é possível identificar que a proteção dos interesses do consumidor em uma determinada relação específica seja mais ampla em razão da necessidade de tutelar adequadamente os interesses de um consumidor que apresente, além de sua vulnerabilidade inerente, a presença de condição pessoal que reforce a desigualdade entre as partes no contrato de consumo.

O que se considera prática abusiva, entretanto, é o aproveitamento da hipossuficiência do consumidor, e não certamente o simples fato de contratar-se com consumidores hipossuficientes. Dispõe, neste sentido, o artigo 39, IV, do CDC, que constitui prática abusiva: “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. A caracterização da hipossuficiência, que se retira do mundo dos fatos, como dissemos, é reconhecida a partir de condições subjetivas especiais, como idade, condição econômico-cultural, dentre outros.

Ocorrendo esta prática abusiva, sua sanção pode ser tanto a invalidade do contrato obtido nestes termos (e.g. no caso de publicidade abusiva para crianças e idosos que se aproveitem desta condição para promover a contratação), assim como, existindo danos, a responsabilidade do fornecedor pela reparação dos mesmos.

2.3.1.4.5 Exigência de vantagem manifestamente excessiva

O artigo 39, V, do CDC estabelece como prática abusiva, “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Trata-se de hipótese genérica que contempla a vedação de conduta do fornecedor visando à obtenção de vantagem que venha a dar causa ao desequilíbrio da relação jurídica de consumo. Note-se que não há necessidade de existir o contrato, senão o mero ato do fornecedor postulando o recebimento de vantagem. A identificação dos critérios para determinação do caráter excessivo ou não de pretensão negocial do fornecedor verifica-se em acordo com o disposto – com finalidade idêntica – para determinação da abusividade de cláusula contratual por consignar vantagem exagerada ao consumidor (artigo 51, § 1.º, do CDC).

Tanto é assim que a utilização do dispositivo, pela jurisprudência, vem sendo feita em vista de sua aplicação combinada com o artigo 51 do CDC,²⁵⁸ para determinar a nulidade da cláusula contratual abusiva que estipule vantagem exagerada aos fornecedores, em claro desacordo com o direito básico do consumidor ao equilíbrio contratual. No mesmo sentido é a conduta do fornecedor que evita a liberação do consumidor do contrato, exigindo a satisfação de vantagem indevida de seus interesses, como é o caso da recusa da instituição de ensino em permitir a colação de grau do aluno inadimplente.²⁵⁹ Nestes casos, assim como eventual inva-

planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 185-222.

258. STJ, 3.ª T., REsp 345.725/SP, j. 13.05.2003, rel. Min. Fátima Nancy Andrihgi, DJU 18.08.2003, p. 202; STJ, REsp 445.446/RS, 4.ª T., j. 22.04.2003, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., DJU 02.06.2003, p. 302; STJ, REsp 271.214/RS, 2.ª Seção, j. 12.03.2003, rel. Min. Ari Pargendler, DJU 04.08.2003, p. 216.

259. Neste sentido a decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Estabelecimento de ensino. Nível superior. Aluno que obtém aprovação no curso, mas é impedido de colar grau em razão do inadimplemento das mensalidades escolares. Inadmissibilidade. Crédito em atraso que deve ser cobrado pelas vias legais.

lidade, impedimento ou cessação da conduta abusiva, há o direito à pretensão de perdas e danos do consumidor prejudicado, quando tiver existido prejuízo de sua parte.

Neste sentido, veja-se o caso da exigência de cheque-caução como procedimento prévio à internação hospitalar. Na jurisprudência brasileira, eram observados, até a edição da Lei 12.653/2012, que criminalizou, mediante novo tipo penal, “exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial”, dois entendimentos principais quanto à licitude da prática. O primeiro, que admite a exigência, como forma de garantia de adimplemento dos serviços prestados pelo fornecedor.²⁶⁰ Outro que reconhece como abusiva a prática,²⁶¹ notadamente em face do disposto no artigo 39, V, do Código de Defesa do Consumidor que proíbe, qualificando como prática abusiva, “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”. Ou mesmo, servindo-se especialmente da definição pelo Código Civil de 2002, de novo defeito do negócio jurídico, o estado de perigo,²⁶² causa de invalidade do negócio jurídico celebrado quando uma das partes assume obrigação excessivamente onerosa conhecida da outra. Assim, o artigo 156, *caput*, do Código Civil: “Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”.

Pondera a doutrina, contudo, que, sendo hipótese de invalidade do negócio jurídico, no caso de a exigência se dar em contraprestação a serviços que sejam efetivamente realizados, não deve prevalecer o valor pecuniário acordado, porém “há direito de ressarcimento, que deve ser arbitrado”.²⁶³ Anote-se nesse caso, que o que se visa preservar, ao se regular e/ou limitar a exigência prévia de cheque-caução no caso de atendimento médico-hospitalar de emergência, é a integridade do consumidor em relação a eventual aproveitamento do estado de debilidade e/ou tensão que tais situações naturalmente acarretam, para exigência de vantagem excessiva por parte do fornecedor. Esse entendimento, a partir da promulgação da Lei 12.653/2012, embora se trate de norma penal, definidora de tipo, deve ser revisitado também na disciplina contratual das relações entre consumidor e fornecedor. Ao definir como crime a exigência de cheque-caução como condição para atendimento emergencial, claramente encerra a possibilidade de ponderação quanto a esta situação específica. Neste caso, orientou-se o legislador a afastar to-

Ementa Oficial: A instituição de ensino não pode valer-se do inadimplemento do aluno para lhe negar a colação de grau, cujo direito emana de sua aprovação no curso. O crédito referente às mensalidades atrasadas deve ser cobrado pelas vias legais, vedado constanger o aluno com a proibição de colar grau” (TAMG, ApCiv 263.767-4, 4.ª Câmara, j. 10.03.1999, rel. Juiz Tibagy Salles, RT 769/388).

260. Admitindo a possibilidade de sua exigência: TJRS, ApCiv 70039705942, 5.ª Câm. Civ., j. 23.02.2011, rel. Isabel Dias de Almeida; e ApCiv 70012087706, 20.ª Câm. Civ., j. 20.07.2005, rel. José Aquino Flores de Camargo. Da mesma forma, há o entendimento de que a exigência de cheque-caução em si, não dá causa a dano moral: STJ, REsp 853.850/RS, 3.ª T., j. 14.02.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, publicação 05.03.2008. Preserva-se, contudo, a possibilidade de investigar-se a causa debendi do cheque contestando-lhe o valor: STJ, REsp 796.739/MT, 3.ª T., j. 27.03.2007, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 07.05.2007.
261. TJRJ, ApCiv 0311947-58.2009.8.19.0001, j. 05.03.2012, rel. Celia Maria Pessoa. No mesmo sentido, porém caracterizando como defeito da prestação de serviço, dando causa a dano moral: TJRJ, ApCiv 2008.001.44845, j. 18.08.2008, rel. Carlos Eduardo Passos.
262. TJRJ, ApCiv 0091840-08.2008.8.19.0002, 3.ª Câm. Civ., j. 23.05.2012, rel. Renata Machado Cotta.
263. DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Antônio Cezar (Org.) Código Civil comentado. São Paulo: Manole, 2012. p. 123.

talmente a possibilidade de exigência de prévia garantia de adimplemento, o que parece resultar de conclusão da ponderação entre o direito à vida e à saúde da pessoa²⁶⁴ e a segurança do direito patrimonial de crédito do fornecedor de serviço médico-hospitalar. Assim, tratando-se de atendimento emergencial, a exigência de garantia passa a ser proibida em termos gerais, não se admitindo exceções.

2.3.1.4.6 Execução de serviços sem elaboração de orçamento prévio

Na vida cotidiana, outra prática abusiva bastante comum por parte de certos fornecedores, é a realização de serviços sem a aprovação de prévio orçamento pelo consumidor. A garantia de orçamento prévio pelo consumidor foi consagrada pelo CDC em duas disposições distintas: a) do artigo 39, VI, que qualifica como abusivo “executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes”,²⁶⁵ e b) o artigo 40 que dispõe: “O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços”.

A sanção reconhecida para a prestação de serviço sem a prévia aprovação do orçamento pelo consumidor configura a segunda hipótese em que o CDC desobriga o pagamento pelo consumidor (a primeira, a que já nos referimos, é a prevista no artigo 39, parágrafo único). Isto porque, aprovado o orçamento pelo consumidor, seus termos passam a vincular ambos os contratantes (artigo 40, § 2.º), de modo que o consumidor não responderá “por quaisquer ônus ou

264. Veja-se a eficácia do direito básico à vida e saúde no direito do consumidor, no nosso: MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 165.

265. Refira-se ainda, em atenção à correta lição da jurisprudência, situações emergenciais em que a prestação de serviço não é antecedida de orçamento. Estes casos, embora não expressamente previstos na norma, não desoneram o consumidor do pagamento quando em face da boa-fé objetiva que informa a relação das partes. Não pode, todavia, o fornecedor aproveitar-se da situação emergencial para impor situações excessivamente gravosas ao consumidor, o que de resto é sancionado não apenas no CDC, mas igualmente no Código Civil, por intermédio da previsão do estado de perigo como espécie de defeito do negócio jurídico (artigo 156 do CC/2002). Nesse sentido decidiu o STJ: “Consumidor e processual civil. Recurso especial. Atendimento médico emergencial. Relação de consumo. Necessidade de harmonização dos interesses resguardando o equilíbrio e a boa-fé. Inversão do ônus da prova. Incompatibilidade com o enriquecimento sem causa. Princípios contratuais que se extraem do CDC. Instrumentário hábil a solucionar a lide. 1. O Código de Defesa do Consumidor contempla a reciprocidade, equidade e moderação, devendo sempre ser buscada a harmonização dos interesses em conflito, mantendo a higidez das relações de consumo. 2. A inversão do ônus da prova é instrumento para a obtenção do equilíbrio processual entre as partes, não tendo por fim causar indevida vantagem, a ponto de conduzir o consumidor ao enriquecimento sem causa, vedado pelo artigo 884 do Código Civil. 3. Não há dúvida de que houve a prestação de serviço médico-hospitalar e que o caso guarda peculiaridades importantes, suficientes ao afastamento, para o próprio interesse do consumidor, da necessidade de prévia elaboração de instrumento contratual e apresentação de orçamento pelo fornecedor de serviço, prevista no artigo 40 do CDC, dado ser incompatível com a situação médica emergencial experimentada pela filha do réu. 4. Os princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material e moderação impõem, por um lado, seja reconhecido o direito à retribuição pecuniária pelos serviços prestados e, por outro lado, constituem instrumentário que proporcionará ao julgador o adequado arbitramento do valor a que faz jus o recorrente. 5. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 1.256.703/SP, 4.ª T., j. 06.09.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 27.09.2011).

acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio” (artigo 40, § 3.º). A causa de atribuição patrimonial do consumidor, neste caso, é a expressa disposição do CDC que desobriga o pagamento daquilo que não lhe foi previamente informado (direito à informação) e que, portanto, com o que não consentiu (princípio do consensualismo). Observe-se, todavia, que tendo consentido com determinado orçamento, e sendo este desconsiderado pelo fornecedor, responde o consumidor a princípio até o valor com o que consentiu,²⁶⁶ salvo se os serviços realizados não foram os contratados, ou seja, a prestação é diversa e não maior do que a contratada, hipótese em que existirá simples inadimplemento do fornecedor, com as consequências típicas daí decorrentes.

2.3.1.4.7 Divulgação de informações depreciativas decorrente do exercício do direito pelo consumidor

O artigo 39, VII, do CDC, define como prática abusiva “repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”. Note-se que não se está vedando aqui a formação e inclusão de informações em bancos de dados de consumidores, o que é expressamente permitido pelo CDC, atendidas as exigências do artigo 43. O que se proíbe, na disposição em destaque, é o repasse de informação depreciativa quando esta efetivamente, por sua qualidade, tenha por consequência projetar imagem desabonadora da conduta do consumidor (por exemplo, a indicação de um inadimplemento contratual). O sentido da prática abusiva em questão, é evitar a formação de “listas negras” de consumidores “que reclamam e exigem seus direitos, agora assegurados pelo CDC, ou de consumidores envolvidos em associações de proteção de consumidores”.²⁶⁷

A grande dificuldade, neste caso, é sem dúvida a comprovação da prática, para efeito de responsabilização do fornecedor. Sabedores de que se trata de prática abusiva vedada por lei, os fornecedores que a promovem o fazem em relativo sigilo, deixando de motivar as razões de eventual decisão que recusa a contratação com consumidores incluídos nestas “listas negras”. Esta prática abusiva complementa-se com o que dispõe o inciso IX, do artigo 39, ao estabelecer como prática abusiva a recusa de fornecimento mediante pronto pagamento. Todavia, nada impede a inversão do ônus da prova quando as circunstâncias do caso o autorize, indicando ao fornecedor que recusa fornecimento – e de que se suspeita basear-se em uma “lista negra” – que seja instado a demonstrar as razões objetivas que determinaram a recusa da contratação ou a inadequação do consumidor a um determinado padrão de contratação admissível.

266. *Serviços de mecânica. Código de Defesa do Consumidor. Artigos 6.º, VI, e 39, VI. Precedentes.* 1. A inversão do ônus da prova, como já decidiu a Terceira Turma, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (artigo 6.º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da ‘facilitação da defesa’ dos direitos do consumidor” (REsp 122.505-SP, DJ 24.08.1998). 2. O artigo 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor. 3. Recurso Especial conhecido e provido, em parte” (STJ, REsp 332.869/RJ, 3.ª T., j. 24.06.2002, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 02.09.2002, p. 184).

267. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 563-564.

2.3.1.4.8 Oferecimento no mercado de produto ou serviço em desacordo com normas técnicas

A qualidade e a segurança dos produtos e serviços oferecidos no mercado têm como critério básico para atestar sua adequação o atendimento das normas técnicas estabelecidas por entidades acreditadas (como é o caso da Associação Brasileira de Normas Técnicas) e os órgãos estatais dedicados a este fim (caso do Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – INMETRO – e do Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO).²⁶⁸ Aos órgãos públicos incumbe a regulação, determinando a obrigatoriedade, das normas técnicas a serem observadas,²⁶⁹ sem prejuízo da existência de outras “normas” de caráter técnico, mas uma vez que não sejam adotadas pelos órgãos competentes, não são exigíveis.

A par das sanções administrativas cabíveis pela violação das normas em questão,²⁷⁰ a previsão da violação destas normas técnicas como práticas abusivas permite a atuação dos órgãos de defesa do consumidor e demais legitimados para a tutela coletiva prevista no CDC, para promoverem a defesa dos interesses dos consumidores nos termos previstos neste diploma legal. Da mesma maneira, caracterizada a prática como abusiva, e portanto ilícita, surge para os consumidores prejudicados a possibilidade de demandar o fornecedor que a promova, em acordo com o regime de responsabilidade civil previsto no CDC.²⁷¹

268. “Administrativo. Importação de mercadoria estrangeira. Prévio exame pelo INMETRO. Legalidade. Não é ilegal a exigência do órgão expedido da guia de importação de certificado emitido pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, para poder permitir a importação de brinquedos de fabricação estrangeira. Amparo no Código de Defesa do Consumidor, artigo 39, VII” (TRF-1.ª Reg., MAS 01.47.419, j. 06.12.1997, rel. Tourinho Neto, DJU 13.02.1998).
269. Segundo Antonio Herman Benjamin, são quatro os tipos de normas técnicas no Brasil: a NBR1 possui caráter compulsório, mediante aprovação do CONMETRO; as NBR2 são normas referenciais, aprovadas pelo CONMETRO, e que devem ser observadas pelo Poder Público; as NBR3 são normas voluntárias registradas no INMETRO, de acordo com as diretrizes do CONMETRO; e as NBR4 são normas probatórias, registradas no INMETRO, mas ainda em fase experimental. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 380.
270. Previstas no artigo 8.º e ss., da Lei 9.933, de 20 de dezembro de 1999, que estabelece as competências do CONMETRO e do INMETRO.
271. Todavia, em sentido contrário, segundo entendimento jurisprudencial, também exonera o fornecedor do dever de indenizar o atendimento de normas técnicas segundo regulamentação legal, mas que se revelam inadequadas ao atendimento das necessidades de certos consumidores, em razão de peculiaridades não contempladas pela norma. Assim decidiu o STJ: “Direito Civil. Processual Civil. Responsabilidade civil. Serviços bancários. Deficientes. Acessibilidade. Obrigação de fazer. Regulamentação. ABNT. Inexistência de ato ilícito. Dano moral. Afastamento. 1. A Lei 10.098/00 e o Decreto 5.296/2004 estabelecem que as instituições financeiras deverão dispensar atendimento prioritário às pessoas deficientes ou com mobilidade reduzida e, ao definir acessibilidade, prevê a possibilidade de utilização dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, com segurança e autonomia, total ou assistida. 2. Os equipamentos e mobiliários de agências bancárias devem seguir às determinações da regulamentação infralegal, por questões relacionadas não apenas ao conforto dos usuários, mas também à segurança do sistema bancário. No tocante à acessibilidade de deficientes, o acesso prioritário às edificações e serviços das instituições financeiras deve seguir as normas técnicas de acessibilidade da ABNT no que não conflitam com a Lei 7.102/83, observando, ainda, a Resolução 2.878/2001, do Conselho Monetário Nacional. 3. Na época do ajuizamento da ação, e até a edição da norma técnica da ABNT 15.250, não havia definição dos parâmetros técnicos para fabricação e instalação dos equipamentos de autoatendimento adaptados postulados pelo autor.

Atualmente, sobretudo em consideração aos efeitos da globalização econômica e do aumento das importações de produtos e serviços, vale lembrar que o critério de adequação e qualidade dos mesmos no mercado brasileiro, serão as normas técnicas admitidas ou editadas pelos órgãos competentes brasileiros, não servindo, *a priori*, de escusa para o fornecedor, a alegação de atendimento de normas dos países de origem dos referidos produtos, quando ocorrer destas serem consideradas menos acreditadas do que a normalização brasileira.

2.3.1.4.9 Recusa de fornecimento mediante pronto pagamento

O artigo 39, IX, estabelece como prática abusiva, “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”. A norma em questão foi introduzida pela antiga Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94, ora Lei 12.529/2011), sendo que sob a perspectiva do direito do consumidor, tem por objetivo essencial impedir a discriminação de consumidores. A noção de pronto pagamento remete à discussão do que se pode considerar como tal, ou seja, se além do uso de moeda corrente, o pagamento em cheque ou a utilização de cartões de crédito e débito estão incluídos em tal definição.

Parece-nos que por “pronto pagamento” deve-se entender o pagamento em dinheiro, o que no caso importa dizer, em moeda corrente nacional, com custo forçado. Fora disto, uma interpretação ampliativa do conceito permitiria admitir como tal, também os cartões de débito – atualmente muito utilizados – assim como outros instrumentos de pagamento que tenham por requisito básico transferir imediatamente, ainda que por meio eletrônico, o valor do pagamento da conta corrente do consumidor para a conta corrente do fornecedor. Entretanto, há de se considerar que só existirá oportunidade de pronto pagamento se o fornecedor dispuser do serviço (equipamento do cartão, por exemplo) e o utilizar habitualmente para receber pagamentos.

O caráter imediato ou instantâneo da transmissão do recurso financeiro é requisito essencial, sem o qual não há de se considerar qualquer procedimento abrangido pelo conceito de “pronto pagamento”. Neste sentido, afasta-se do conceito o pagamento em cheque²⁷² ou em cartão de crédito,²⁷³ razão pela qual eventual negativa do fornecedor em admitir sua utilização

Editada a regulamentação, o réu procedeu à adequação do terminal de atendimento, conforme os parâmetros normativos estabelecidos, sem satisfazer a pretensão do autor. 4. A desigualdade de acesso, no caso, não deriva de ato ilícito praticado pelo réu, mas de circunstâncias relacionadas às especificidades da deficiência física do autor e da limitação dos meios disponíveis para mitigá-la. 5. Não há direito à instalação de terminal de autoatendimento para melhor atender às condições pessoais do autor, se aquele já existente se encontra em conformidade com os parâmetros legalmente fixados. 6. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.107.981/MG, 4.ª T., j. 03.05.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 01.06.2011).

272. “*Indenizatória. Dano moral. Loja que recusa venda a cliente que pretende pagar com cheques pós-datados. Inexistência de ilicitude. Exercício regular de um direito.* Age dentro dos limites do seu direito o comerciante que recusa a venda de mercadoria por motivo plausível. Não se verifica ilícito na conduta do comerciante em não efetuar venda a crédito de mercadorias a consumidor. Como prática abusiva tem-se a recusa do vendedor ante a pretensão de compra à vista (CDC, artigo 39, IX-A), e não a crédito mediante cheques pós-datados. Apelação improvida” (TJRS, ApCiv 70.010.594.927, 9.ª Câmi. Civ., j. 09.03.2005, rel. Marilene Bonzanini Bernardi).

273. “*Consumidor. Venda a crédito. Negativa do lojista. Inexistência de prática abusiva, que somente se caracteriza pela negativa ante a aquisição mediante pronto pagamento. CDC, artigo 39, IX-A. Dano moral não configurado.* Não colore a figura do dano moral o fato do lojista negar-se a vender a crédito ao

não há de caracterizar prática abusiva, nos termos do artigo 39, IX, do CDC. Isto, contudo, não impede que se identifique a responsabilidade do fornecedor que se disponha a oferecer e anunciar sistemas eletrônicos de pagamento, hipótese em que assume os riscos inerentes à facilidade ofertada, como eventuais falhas do sistema, ou a impossibilidade temporária da sua utilização. Ou seja, dispondo-se a oferecer o sistema especial de pagamentos (via cartões de débito ou crédito, e.g.), naturalmente responde pela confiança gerada no consumidor, o qual, neste sentido, crê na possibilidade de realizar a contratação por intermédio de tais procedimentos.

Outra discussão diz respeito à diferenciação de preço para pagamento em dinheiro ou em cartão de crédito, apta a destacar a incidência ou não dos incisos V e X do art. 39, do CDC. Nesta hipótese, o argumento favorável à distinção coloca-se a partir da diferença de custos para o fornecedor em relação ao pagamento realizado com o cartão de crédito, e a necessidade de remunerar a administradora do cartão. Argumento em sentido contrário, contudo, que leva a concluir pela abusividade da exigência de preços diferenciados, qualifica a cobrança do valor mais elevado como espécie de transferência indevida de custo do fornecedor para o consumidor, considerando que é o primeiro que usufrui das vantagens do meio de pagamento (em especial, a redução expressiva do risco de inadimplemento).²⁷⁴ O tema é controverso. Nosso entendi-

consumidor, mormente quando este já apresentava antecedentes de pagamentos com atraso. Como prática abusiva tem-se a recusa do vendedor ante a pretensão de compra à vista, o que não é o caso, já que a pretensão da compradora era de financiar o débito. Portanto, como se tratava de venda financiada não tem incidência tal dispositivo consumerista, não se colorindo a figura da prática abusiva. Inexistência de lançamento do nome da pretendente compradora perante o SPC. Ausência da prova de cobrança de débito inexistente. Dano moral não configurado. Demanda julgada improcedente em primeiro grau. Sentença confirmada por maioria" (TJRS, ApCiv 70.004.074.266, 10.^a Câm. Civ., j. 05.09.2002, rel. Luiz Ary Vessini de Lima).

274. Assim decidiu recentemente o STJ: "Consumidor e Administrativo. Autuação pelo Procon. Lojistas. Desconto para pagamento em dinheiro ou cheque em detrimento do pagamento em cartão de crédito. Prática abusiva. Cartão de crédito. Modalidade de pagamento à vista. "pro soluto". Descabida qualquer diferenciação. Divergência incognoscível. O recurso especial insurgiu-se contra acórdão estadual que negou provimento a pedido da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte no sentido de que o Procon/MG se abstenha de autuar ou aplicar qualquer penalidade aos lojistas pelo fato de não estenderem aos consumidores que pagam em cartão de crédito os descontos eventualmente oferecidos em operações comerciais de bens ou serviços pagos em dinheiro ou cheque. 2. Não há confusão entre as distintas relações jurídicas havidas entre (i) a instituição financeira (emissora) e o titular do cartão de crédito (consumidor); (ii) titular do cartão de crédito (consumidor) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor); e (iii) a instituição financeira (emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor). 3. O estabelecimento comercial credenciado tem a garantia do pagamento efetuado pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos creditícios, incluindo possíveis fraudes. 4. O pagamento em cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação perante o fornecedor, pois este dará ao consumidor total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, pro soluto, implicando, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor. 5. A diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza prática abusiva no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual. Exegese do art. 39, V e X, do CDC: 'Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços'. 6. O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num "conceito aberto" que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato

mento, contudo, inclina-se no sentido de admitir a diferenciação dos preços praticados, desde que assegurada a informação prévia ao consumidor, uma vez que se trate de ajuste interno de custos do fornecedor e decisão confiada à autonomia das partes.

2.3.1.4.10 Elevação de preço sem justa causa (Aumento arbitrário)

A previsão como prática abusiva da elevação sem justa causa de preços (art. 39, X), é dentre os vários tipos legais previstos no CDC, um dos que oferece maiores desafios na sua interpretação e concreção. Isso porque, considerando o sistema econômico baseado na livre iniciativa, a intervenção do Estado no domínio econômico só pode se dar em situações constitucionalmente autorizadas, observada a proporcionalidade.²⁷⁵ Deste modo, a formação de preços submete-se à racionalidade expressa pela conhecida lei econômica da relação entre oferta e demanda. Com o devido cuidado, entretanto, para assegurar a intervenção constitucionalmente definida para a proteção do consumidor (artigo 5º, XXXII e artigo 170, V, da Constituição), e da livre concorrência (artigos 170, IV, e 173 da Constituição).

O texto do art. 39, inciso X, não estava previsto na redação original do CDC. Foi introduzido pela antiga Lei de Defesa da Concorrência (art. 87 da Lei 8.884/1994). Aliás, em longa tradição estabelecida no direito brasileiro de repressão ao denominado *aumento arbitrário de lucros*. O artigo 2º, inciso II, da Lei 4.371, de 11 de setembro de 1962, já estabelecia como forma de abuso de poder econômico “e elevar sem justa causa os preços, no caso de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção”. Associava as noções de elevação sem justa causa de preços e o exercício de posição monopolista, realizando o comando do artigo 148 da Constituição brasileira de 1946, que confiava à lei tarefa de reprimir todas as formas de abuso do poder econômico, inclusive as que tivessem por fim “aumentar arbitrariamente os lucros”. O mesmo esteve presente no artigo 157 da Constituição de 1967.

Já a Lei Delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962, recepcionada pela Constituição de 1988,²⁷⁶ conferiu ao Estado competência para fixação de preços máximos, visando impedir lucros excessivos (artigo 6º, IV). A Lei 8.884/1994, de sua vez, teve introduzido o inciso XXIV ao seu artigo 21, definindo como infração à ordem econômica “impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.”

A Lei de Defesa da Concorrência atualmente em vigor (Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011), preferiu definir no seu artigo 36, inciso III, como infração à ordem econômica, pela qual os agentes econômicos respondem independentemente de culpa, os atos que tenham

de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor. 7. A Lei n. 12.529/2011, que reformula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, considera infração à ordem econômica, a despeito da existência de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial (art. 36, X e XI). Recurso especial da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte conhecido e improvido” (STJ, REsp 1479039/MG, rel. Min. Humberto Martins, 2.ª T., j. 06.10.2015, DJe 16.10.2015).

275. Da mesma forma, identificando especialmente a proporcionalidade como novo princípio do direito europeu, aplicável tanto a contratos empresariais, civis e de consumo, veja-se: REICH, Norbert. *General principles of EU Civil Law*. Cambridge: Intersentia, 2014, p. 182-183.

276. STF, AI 268.857 – AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, 2.ª Turma, j. 20/02/2001, DJ 4/05/2001.

por objetivo, “aumentar arbitrariamente os lucros”, mesmo que estes efeitos não tenham sido alcançados.

Os conceitos do direito da concorrência e do direito do consumidor se associam até certo ponto, em diversas situações fáticas nas quais incidem em comum, embora com as naturais dificuldades de demonstração no caso concreto.²⁷⁷ A pergunta é se a definição prevista na legislação de proteção do consumidor conquistou autonomia em relação àquela que da evolução das normas concorrenciais.

Há importantes distinções que devem ser consideradas. No artigo 39, inciso X, do CDC, veda-se a *elevação de preços sem justa causa*. Sua aplicação corrente permite a proteção do consumidor da prática de preços elevados mesmo na ausência de contrato prévio entre as partes.²⁷⁸ Distingue-se claramente do *aumento arbitrário de lucros*, cujas razões podem ser outras, que sequer signifiquem necessariamente lucro excessivo, lembrando-se que a empresa poderá, mesmo assim, ser ineficiente ou eliminar lucros por intermédio de outros recursos, como o planejamento fiscal.²⁷⁹ Embora não se perca de vista uma possível ou provável relação de causa e consequência, não se pode afirmar peremptoriamente que em razão do aumento de preços *sem justa causa* haja o aumento *arbitrário* dos lucros.²⁸⁰

A elevação de preços sem justa causa não é conceito desconhecido no direito da concorrência. Ao contrário. A antiga Lei 8.884/94 dispunha, inclusive, de critérios bastante úteis para determinar a ocorrência da hipótese. O parágrafo único do seu artigo 21 definia entre os critérios para caracterizar a imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes: o comportamento do custo dos insumos ou a introdução de melhorias de qualidade; o preço anterior do produto, quando se tratasse de sucedâneo sem alterações substanciais; o preço de produtos e serviços similares ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; e a existência de ajuste ou acordo que implicasse na majoração de preços ou de custos (cartel).

Trazia a lei nada mais do que lições elementares de economia. E da mesma forma, estabelecia uma distinção essencial, entre *imposição de preços excessivos* e *aumento injustificado de preços*. A imposição de preços excessivos era necessariamente espécie de concretização do exercício abusivo de posição dominante. Havia o poder de impor, em razão da posição dominante, e justamente o seu exercício caracterizava o abuso. Já o aumento injustificado de preços também pode ser associado à posição dominante de mercado, mas não apenas.

É a ausência desta distinção que faz com que muitos juristas só admitam, até hoje, o caráter infracional do aumento de preços sem justa causa, se praticado por titular de posição dominante, de modo a caracterizar seu exercício abusivo. Ou seja, não reconhecem a autonomia do tipo infracional da elevação sem justa causa de preços não só na legislação concorrenciais, mas no próprio Código de Defesa do Consumidor. O exame do artigo 39, X, do CDC, contudo, permite uma distinção. Não se pode identificar como sinônimos as hipóteses de aumento *excessivo* e aquele *sem justa causa*. Há mercados regulados em que o aumento de preços se dá

277. STJ, REsp 1296281/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 14.05.2013, DJe 22.05.2013.

278. MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: RT, 2014, p. 296-297.

279. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrenciais. As estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 86.

280. TJRS, ApCiv e Reexame Necessário n. 70059453456, 17ª Câmara Cível, Rel. Liege Puricelli Pires, j. 25.09.2014. No mesmo sentido: Ap Civ n. 70062718671, 18.ª Câmara Cível, Rel. Pedro Celso Dal Pra, j. 26.02.2015.

apenas nos limites em que as normas regulatórias permitem²⁸¹, mediante tabelamento ou fixação de preços máximos. Por outro lado, a evolução natural dos preços, em decorrência da conjuntura econômica, não será considerada elevação sem justa causa. A hipótese mais comum será a situação em que se verifique a elevação dos custos que compõem o preço. É natural que diante deste fato não se possa exigir do fornecedor que mantenha estável ou reduza seu lucro, o que só pode ser adotado, em limites racionais, de modo voluntário, como estratégia para atração de clientela.

A interpretação e aplicação do artigo 39, X, do CDC também deve conhecer as regras básicas da formação de preços, tais como o reconhecimento dos custos de produção e a aplicação a estes, de índice ou percentual (*mark up*) que permita abranger os demais custos não considerados nos custos de produção, tais como os tributos, comissões, e o próprio lucro desejado, de modo a chegar-se a um preço referencial.²⁸² Da mesma forma, devem ser considerados os custos indiretos rateados por toda a produção, cujo impacto dependerá da escala em que são produzidos os produtos, de modo que se possa obter seu custo unitário, e os chamados custos não padronizados, como, por exemplo, no caso da loja que, ao aceitar vários cartões como meio de pagamento, remunera cada um deles com taxas distintas.

No caso da formação do preço de serviços ainda há outros elementos a serem considerados, como a incerteza quanto ao tempo de execução, e os custos de mobilização e desmobilização de equipe, eventual desistência de clientes e os investimentos feitos para poder realizar a prestação.

Isso não significa que o fornecedor deva ser mero repassador de custos. A rigor, seu propósito racional deverá ser sempre o de oferecer produtos e serviços de qualidade com preços competitivos, vale dizer, que tenha aptidão para atrair o consumidor.

Deste modo, o aumento de preços sem justa causa revela uma anormalidade. A noção de justa causa, neste caso, é decisiva. Pode a causa da elevação de preços ser o aumento da demanda? Em termos normais, é certo que sim. A pergunta, contudo, é se há um limite para essa elevação de preço em vista das razões que dão causa ao aumento da demanda.

Será dito em oposição: mas o mercado se autorregula. Se um fornecedor aumentar os preços de modo excessivo, perderá consumidores. Em um mercado de concorrência perfeita é possível. A hipótese do artigo 39, X, do CDC não parece se aplicar a estas situações, mas àquelas em que o fornecedor eleva preços de modo excessivo, mantendo clientela, sobretudo em vista de sua catividade ou extrema necessidade. No caso da prestação de serviços, hipoteticamente considere-se contratos de longa duração, nos quais o consumidor enfrente certos obstáculos para migrar de um concorrente a outro, tais como prazo de carência para fruição dos serviços, cláusulas de fidelização, ou simplesmente entaves burocráticos comuns, como ligações intermináveis, ou série de providências sucessivas que devem ser adotadas para encerrar a contratação. É esta dependência ou catividade que fará com que parcela de consumidores, mesmo percebendo o aumento excessivo, mantenha-se vinculado ao contrato original.

O conceito de elevação sem justa causa de preços, prática abusiva prevista no artigo 39, X, do CDC, não se confunde com a de aumento arbitrário de lucros previsto na legislação concorrencial, nem pressupõe a existência de abuso de posição dominante como sustenta certa

281. STF, RMS 28.487, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, j. 26/02/2013, Dje 15/03/2013.

282. MARTINS, Eliseu. Contabilidade de custos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003. BRUNI, Adriano Leal; FAMÁ, Rubens. Gestão de custos e formação de preços. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 282.

linha de interpretação no direito concorrencial. A elevação sem justa causa de preços é espécie de abuso no exercício da liberdade negocial do fornecedor, segundo a dogmática própria das práticas abusivas na legislação de defesa do consumidor. Isso não faz com que qualquer aumento de preços — mesmo se for para maximização dos lucros — seja *per se* abusivo. Afinal, se está em uma economia de mercado. Porém, há limites que deverão ser considerados, associados à boa-fé e à própria vulnerabilidade do consumidor em dada situação específica.

Embora com origem na tradição legislativa do direito da concorrência no Brasil, e associando, inicialmente, às noções da elevação sem justa causa de preços e aumento arbitrário de lucros com o abuso da posição dominante de mercado, a definição da prática abusiva prevista no Código de Defesa do Consumidor assume autonomia, em vista dos interesses dos consumidores. Isso faz com que a identificação e a sanção da prática de elevação sem justa causa do preço de produtos e serviços prevista no CDC não dependa, necessariamente, da identificação do abuso de posição dominante, tampouco do aumento dos lucros do fornecedor.

Da mesma forma, refira-se que há larga tradição, no direito ocidental, na definição jurídica de *justa causa* e *justo preço*. A noção de causa, em direito privado, embora tenha sentido plurissignificativo, mereceu maior acolhida em nosso sistema a partir da noção objetiva, funcional — sobretudo no exame da causa dos contratos.²⁸³ De modo a identificar-se como a razão objetiva pela qual se reconhece dada solução de direito, ou o ajuste e prestações das partes nos contratos (causa sinalagmática). Nesta visão, a causa dos contratos é identificada segundo sua função. A noção de uma *justa causa*, em matéria de elevação de preços, contudo, vai associar-se à formação do princípio da equivalência material, que acompanha todo o desenvolvimento do direito privado, com fases de maior ou menor destaque ao longo da história.²⁸⁴

As origens do princípio da equivalência material associam seu desenvolvimento filosófico (especialmente em Aristóteles e sua noção de justiça distributiva), e o reconhecimento pelo próprio Direito. Já no direito romano, a partir do século III d. C., o Imperador Deocleciano admite a lesão enorme (*laesio enormis*) para a proteção dos vendedores em relação ao comprometimento do preço da coisa, sustentando-se o conceito na consideração de que cada bem tem seu preço justo (*iustum pretius*)²⁸⁵. Esta noção será depois desenvolvida na Idade Média²⁸⁶ — especialmente a partir da influência da doutrina cristã sobre o Direito, servindo como veículo da aversão da Igreja às atividades que visavam o lucro e a usura.²⁸⁷ Em termos conceituais, afirma-se pela necessidade de guardar uma relação de equivalência entre o valor do produto e o valor do que se pode adquirir com o dinheiro pelo qual foi vendido, de um estimado comum entre as partes.

283. Desenvolvemos melhor o tema, acerca da causa dos contratos em: MIRAGEM, Bruno. Direito bancário. São Paulo: RT, 2013, p. 269 e ss.

284. Veja-se sobre seu ressurgimento contemporâneo em WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 599.

285. KASER, Max. KNÜTEL, Rolf. Römisches Privatrecht. 20. Auflage. München: Verlag C.H.Beck, 2014, p. 244.

286. Segundo Jacques Le Goff que o sistema de preços na Idade Média, ao lado de reclamos de solidariedade social, também assiste a influência crescente da formação de burocracia estatal e seu esforço para a coleta de impostos. LE GOFF, Jacques. Lo sterco del diavolo. Il denaro nel medioevo. Roma: Laterza, 2010, p. 148.

287. O cerne da concepção cristã de justo preço permanece válido segundo o pensamento católico, em especial na denominada doutrina social da Igreja. A respeito, veja-se: ÁVILA, Fernando Bastos de. Pequena enciclopédia da doutrina social da Igreja. 2.ª ed. São Paulo: Loyola, 1993, p. 376.

Atualmente, a violação do princípio da equivalência material dos contratos associa-se às noções de *desvantagem exagerada* ou *desequilíbrio significativo*.²⁸⁸ Esta ideia de desequilíbrio significativo admite duas compreensões: uma *moral*, outra *econômica*. A primeira exigirá um abuso da posição por parte daquele que tem o poder de impor o preço, normalmente em um comportamento desleal, violador da boa-fé. A compreensão econômica, de sua vez, concentra-se na identificação no desequilíbrio centrado nos custos e riscos da operação.²⁸⁹

No direito do consumidor, em uma primeira visão, percebe-se a ausência de justa causa, caracterizadora da prática abusiva proibida, como uma elevação de preços que não seja justificada pelo respectivo aumento dos custos da atividade. Conforme Antônio Herman Benjamin, “em princípio, numa economia estabilizada, elevação superior aos índices de inflação gera uma presunção – relativa, é verdade – de carência de justa causa”.²⁹⁰

Em um regime de livre iniciativa, contudo, frente a ausência de controle direto de preços, não se pode, *a priori*, retirar do fornecedor a possibilidade de readequar os preços de seus produtos e serviços, inclusive para – se entender correto – aumentar sua margem de lucro. O abuso estará presente quando isso se dê de forma dissimulada, ou ainda, quando haja claro aproveitamento da posição dominante que exerce frente ao consumidor (aqui bem entendido, em sentido que lhe reconhece no direito do consumidor e dos contratos em geral – desigualdade de posição contratual – e não exatamente aquele desenvolvido no direito da concorrência). Identifica-se no comportamento do fornecedor a deslealdade em sua relação com o consumidor. Aliás, práticas abusivas de um modo geral o são, em razão da deslealdade em face do consumidor considerado individualmente ou em grupo.²⁹¹

Não podem ser considerados abusivos, por igual, os aumentos de preços que se justifiquem por propósito de diferenciação entre consumidores motivado objetivos de política tarifária (seja para suportar maiores custos/investimentos, ou para promover objetivos de solidariedade social).²⁹²

2.3.1.4.11 Aplicação de fórmula ou índice de reajuste diverso do previsto na lei ou no contrato.

O inciso XIII, introduzido no artigo 39 do CDC pela Lei 9.870/1999 que dispôs sobre o reajuste de mensalidades escolares, qualifica como prática abusiva “aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido”. Fica evidenciado que a norma em questão visa à proteção do equilíbrio contratual, reproduzindo efeito que se verifica no art. 51, do CDC ao definir como abusiva cláusula contratual que permita a alteração unilateral do

288. MARTINS, Fernando Rodrigues. Princípio da justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 356 e ss.

289. STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Labus dans le contrat. Essai d'une théorie*. Paris: LGDJ, 2000, p. 330-332.

290. BENJAMIN, Antônio H. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 8.ª ed. São Paulo: Forense universitária, 8.ª ed., 2005, p. 381.

291. Veja-se a definição do art. 5.º da Diretiva 2005/29/CE: “Uma prática comercial é desleal se: a) for contrária às exigências de diligência profissional; e b) Distorcer ou for susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento econômico, em relação a um produto, do consumidor médio a que se destina ou que afecta, ou do membro médio de um grupo quando a prática comercial for destinada a um determinado grupo de consumidores.”

292. STJ, AgRg no REsp 1121617/PR, Rel. Min. Castro Meira, 2.ª Turma, j. 14.04.2011, DJe 27.04.2011.

preço (inciso X), ou do conteúdo do contrato (inciso XIII). A rigor, contudo, a enunciação da conduta como prática abusiva tem predomínio de finalidade pedagógica, uma vez que independente da indicação expressa, é certo que aplicação de fórmula ou índice de reajusta de modo unilateral pelo fornecedor, será vedada se não prevista em lei ou no contrato.

A utilidade desta previsão da prática abusiva, todavia, é reconhecida na medida em que, tendo previsto espécie de ilícito civil,²⁹³ não existindo disposição contratual que reconheça a possibilidade de alteração unilateral, a conduta do fornecedor que a promova não se reportará necessariamente ao contrato, ajuste ou norma preexistente. Nesta situação, o consumidor prejudicado deveria reportar-se à mera violação genérica do contrato, diante da ausência de autorização que, se existisse, seria considerada abusiva (artigo 51, X e XIII). A caracterização do ilícito civil permite desde logo que se identifique a violação do direito e, com isso, a possibilidade, tanto de recusa do consumidor e o exercício do direito de resolução, quanto da manutenção do contrato, nos termos originariamente ajustados. Da mesma forma, facilita o controle de tais práticas pelos órgãos de defesa do consumidor, Ministério Público e associações de consumidores, via exercício das competências dos primeiros, e da legitimação de todos para a promoção da tutela coletiva dos consumidores.

2.3.2 *Proteção do consumidor e cobrança de dívidas*

Outro aspecto da maior relevância na etapa de execução do contrato, ou mesmo posterior a sua extinção, é a proteção do consumidor em face da cobrança de dívidas pelo fornecedor. A finalidade básica das normas de proteção do consumidor-devedor é evitar o abuso do direito do credor, caracterizado pelo uso de procedimentos em desacordo com a boa-fé e os bons costumes para a efetivação do seu direito de crédito. A adoção das medidas pertinentes à obtenção do seu crédito – como observa João Batista de Almeida – é, e continua a ser, exercício regular de direito.²⁹⁴ Neste sentido, ao qualificar determinadas condutas como abusivas, no que diz respeito à forma de cobrança do crédito, o CDC busca tutelar expressamente a integridade e dignidade do consumidor. Neste sentido, estabelece o artigo 42 do CDC: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. Tal disposição consagra, conforme ensina Cláudia Lima Marques, um dever de lealdade entre o fornecedor e o consumidor,²⁹⁵ estabelecendo um limite objetivo ao comportamento do fornecedor ou de terceiros com ele associados ou por ele nomeados (escritórios de cobrança, p. ex.) para exercício do direito de crédito e salvaguarda do seu patrimônio.

O caráter abusivo da conduta do fornecedor, que a princípio caracterizaria o exercício do direito de cobrança do devedor inadimplente pelo credor, está justamente em imprimir na conduta a violação da integridade moral do consumidor. É o caso, por exemplo, do credor que cobra dívida do consumidor inadimplente em programa de rádio, apresentado ao vivo,²⁹⁶ ou da

293. BENJAMIN. *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 381.

294. ALMEIDA. *A proteção jurídica do consumidor...*, p. 128.

295. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1045.

296. “Responsabilidade civil. Danos morais. Cobrança de dívida mediante participação, via telefônica, de programa interativo de rádio apresentado pelo devedor, durante a transmissão. Ato vexatório. A cobrança de dívida mediante participação, via telefônica, de programa interativo de rádio apresentado pelo devedor constitui ato flagrantemente vexatório, e incide na vedação do artigo 42, *caput*, da Lei 8.078/90. Consumidor. Cobrança. Exercício abusivo. Proteção. Inadimplemento. Consoante emerge claramente da redação do artigo 42, *caput*, da Lei 8.078/90, a proteção conferida pelo legislador contra

instituição de crédito que, pretendendo pressionar o consumidor inadimplente a honrar seu crédito, revela dados da operação e o fato do não pagamento, ao superior hierárquico deste, violando inclusive o seu dever de sigilo.²⁹⁷ Nos dois episódios, o exercício do direito de cobrar o valor da dívida ultrapassou os limites que lhe são inerentes.²⁹⁸ violando os direitos de integridade moral do consumidor ao expô-lo, no primeiro caso, perante todos os ouvintes, e no segundo, em face dos seus colegas de profissão e seus superiores.

A disposição do artigo 42 do CDC tem no artigo 71 sua norma correspondente com relação à tutela penal.²⁹⁹ A norma penal em questão determina a seguinte figura típica: "Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer". Ou seja, a *interferência* de que trata o artigo 71, então, é justamente aquela capaz de causar a *coação* ou o *constrangimento*, o que por si caracterizará a *violação* dos direitos de integridade moral de consumidor, dando origem à pretensão de indenização pelo dano correspondente.

Outra situação que, em um primeiro momento da vigência do CDC, foi entendida como constrangimento ilícito do consumidor, visando à cobrança da dívida, é a interrupção do fornecimento de serviços essenciais. Este entendimento, entretanto, embora adotado pelo STJ até

o exercício abusivo do direito de cobrança do crédito tem como alvo o consumidor inadimplente, mesmo porque, obviamente, não se pressupõe direito a cobrança de dívida paga. Sentença mantida" (TJRS, ApCiv 70.000.952.739, 9.ª Câm. Civ., j. 11.04.2001, rel. Des. Mara Larsen Chechi).

297. "Processual civil. Ação de indenização por danos morais. Cabo do exército que, inadimplente, tem o seu sigilo bancário rompido por informações do estabelecimento de crédito ao seu comandante. Dano moral indiscutível. *Damnum in re ipsa*. Valor da indenização que, no entanto, deve ser fixada nos limites da razoabilidade e dentro dos parâmetros estabelecidos pela Câmara. Provimento parcial do recurso para reduzir a verba indenizatória. 1. O Excelso Pretório consagra o princípio de que o direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indepassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada; 2. Assim, se o estabelecimento de crédito, ainda que por solicitação do Comando Militar, fornece informações a respeito da vida privada do correntista, expondo-o perante a Corporação e o desmoralizando diante dos colegas de farda, beneficiando-se inclusive de uma cobrança privilegiada de crédito no exercício de uma autoexecutoriedade que não possui, incide em culpa contra a legalidade, na medida em que o artigo 42 do CODECON, dispõe que "na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça". Deve responder, consequentemente, pelos danos morais causados – "*damnum in re ipsa*"; 3. O valor indenizatório, contudo, deve ser fixado dentro do princípio da razoabilidade e se o Autor deixa ao livre arbítrio do julgador, mesmo de forma alternativa, o valor condenatório, não há que se falar em sucumbência recíproca; 4. Parcial provimento do recurso. Vencida a Des. Marianna Pereira Nunes" (TJRJ, ApCiv 2002.001.09441, 13.ª Câm. Civ., j. 09.10.2002, rel. Des. Ademir Pimentel).
298. Neste sentido, Antonio Herman Benjamin ensina que "o débito de consumo decorre de uma relação limitada às pessoas do fornecedor e do consumidor. Como consequência, qualquer esforço de cobrança há que ser dirigido contra a pessoa deste". BENJAMIN. *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 388.
299. Segundo Antonio Herman Benjamin, o artigo 42 deve ser interpretado em conjunto com a norma penal do artigo 71 do CDC (BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 388). Em sentido diverso, Claudia Lima Marques sustenta que tendo esferas de proteção diferenciadas, assim como os fins a serem atingidos, não deve prosperar este modo de interpretação (MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1.046).

2002,³⁰⁰ foi modificado, admitindo-se a interrupção, observado o dever de notificação prévia, em face do que dispõe expressamente o artigo 6.º da Lei de Concessões.³⁰¹ Permanece, contudo, o entendimento de, casuisticamente, não permitir a interrupção do serviço quando, inexistir inadimplência deliberada do consumidor,³⁰² para cobrança de débitos³⁰³ antigos (para os quais

300. Pela impossibilidade do corte: REsp 442.814/RS, rel. Min. José Delgado, DJU 11.11.2002, p. 161; REsp 209.652/ES; rel. Min. José Delgado, RSTJ 129/128; EARESP 279.502/SC; rel. Min. Francisco Falcão, DJU 03.06.2002, p. 146; REsp 122.812/ES, rel. Min. Milton Luiz Pereira, LEXSTJ 143/104; REsp 223.778/RJ, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07.12.1999, RSTJ 134/145; Para a extensão da proibição do corte à municipalidade: AGRMC 3.982/AC, rel. Min. Luiz Fux, DJU 25.03.2002, p. 177.
301. “Administrativo e processual civil. Recurso especial. Direito do consumidor. Ausência de pagamento de tarifa de energia elétrica. Interrupção do fornecimento. Possibilidade. Precedentes. 1. É legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção de seus serviços, em face de ausência de pagamento de fatura vencida. 2. A relação jurídica, na hipótese de serviço público prestado por concessionária, tem natureza de Direito Privado. 3. A jurisprudência da Primeira Seção do STJ, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas em nosso país, é no sentido que “é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta (Lei 8.987/95, artigo 6.º, § 3.º, II)” (REsp 363.943/MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 01.03.2004). No mesmo sentido: REsp 337.965/MG, rel. Min. Luiz Fux, DJ 08.11.2004; REsp 123.444/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.02.2005; REsp 600.937/RS, rel. p/ acórdão, Min. Francisco Falcão, DJ 08.11.2004; REsp 623.322/PR, rel. Min. Luiz Fux, DJ 30.09.2004. 4. Na questão ora analisada, o pagamento é contraprestação, aplicável o CDC, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento. 5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento ilícito e sem causa de uma das partes. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 865.620/RS; rel. Min. Humberto Martins, j. 03.10.2006, DJU 30.10.2006, p. 287); Em sentido idêntico: “Administrativo. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. Usuário inadimplente. Existência de prévio aviso. Não demonstração. 1. A Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, prevê, nos incisos I e II do § 3.º do artigo 6.º, duas hipóteses em que é legítima sua interrupção, em situação de emergência ou após prévio aviso: (a) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; (b) por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. 2. Tem-se, assim, que a continuidade do serviço público, assegurada pelo artigo 22 do CDC, não constitui princípio absoluto, mas garantia limitada pelas disposições da Lei 8.987/95, que, em nome justamente da preservação da continuidade e da qualidade da prestação dos serviços ao conjunto dos usuários, permite, em hipóteses entre as quais o inadimplemento, a suspensão no seu fornecimento. 3. Recurso especial a que se dá provimento” (STJ, REsp 657.770/RS, j. 17.08.2006, rel. Min. Teori Zavascki, DJU 31.08.2006).
302. “Administrativo. Processual civil. Agravo regimental no recurso especial. Suspensão do fornecimento de energia elétrica. Inadimplemento. Débitos antigos. Fraude no medidor de consumo. Impossibilidade. Agravo não provido. 1. O Superior Tribunal de Justiça consagra entendimento no sentido de que não é lícito à concessionária interromper os serviços de fornecimento de energia elétrica por dívida pretérita, a título de recuperação de consumo, em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não pagos (REsp 662.204/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 03.12.2007; REsp 821.991/SP, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, DJ 01.06.2006; REsp 1.076.485/RS, 2.ª T., rel. Min. Eliana Calmon, DJe 27.03.2009; AgRg no REsp 793.539/RS, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.06.2009. 2. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não é devida a interrupção do fornecimento de energia elétrica para fins de recuperação de consumo, após a constatação da existência de irregularidade no medidor. 3. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp 1.016.463/MA, 1.ª T., j. 14.12.2010, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 02.02.2011).
303. “Processual civil e administrativo. Fornecimento de energia elétrica. Inviabilidade de suspensão do abastecimento na hipótese de débito de antigo proprietário. Portadora do vírus HIV. Necessidade

o concessionário deverá recorrer às vias ordinárias), ou for identificada a vulnerabilidade agravada do destinatário final da prestação.³⁰⁴

2.3.2.1 Limites do exercício do direito de crédito pelo fornecedor

Considerando a existência dos limites expressos no artigo 42 para o exercício do direito de cobrança pelo fornecedor, cumpre examinar na prática, quais os procedimentos adequados ao exercício do direito de crédito pelo fornecedor. Não há abuso do direito do credor se este condiciona a não inscrição do consumidor nos bancos de dados de proteção do crédito ao pagamento da dívida. A princípio, reconhece-se como direito do credor que sofre o inadimplemento a adoção desta providência, observadas as exigências do artigo 43.

Da mesma forma, ir ao encontro do devedor para exigir seu crédito também não caracteriza, *per se*, a prática abusiva vedada pelo artigo 42. Entretanto, deve-se considerar nestas circunstâncias em que o fornecedor insta o consumidor à satisfação do crédito, o atendimento de algumas cautelas ordinárias, a saber: a) a relação entre fornecedor e consumidor é pessoal, logo, não é lícito ao primeiro dar conhecimento da dívida, ou tratar da questão com terceiros pessoas, como familiares, colegas de trabalho, amigos ou demais pessoas das relações do devedor; b) a exigência do crédito deve se dar de modo discreto e formal, sem a exposição da situação a terceiros, nem o constrangimento ou afetação da credibilidade social do devedor; c) são expressamente vedadas quaisquer ameaças físicas ou a adoção de medidas que não estejam previstas na lei ou no contrato, visando causar prejuízo ao devedor; e d) não é reconhecido ao credor o direito de perturbar o consumidor em suas atividades cotidianas, como seus momentos de descanso ou de desenvolvimento da atividade laboral, de modo de causar perturbações tais que o levem a satisfazer a dívida como modo de fazer cessar o infortúnio. Em todos os casos, evidentemente, o exame da situação concreta deverá ser presidido pela lógica do razoável, a ser identificada em face das regras de experiência.

Neste sentido, diga-se: são duas as situações previstas no artigo 42: a primeira, prevista no *caput*, em que *há dívida*, e nesse sentido o fornecedor é titular do direito de crédito, cuja eficácia principal é a possibilidade de cobrar a dívida. Porém deverá fazê-lo sem abuso; e a segunda, prevista no parágrafo único do mesmo artigo, em que não há dívida e, portanto, *não há crédito*, sendo a cobrança indevida justamente porque o fornecedor age *sem direito*.

A violação dos limites estabelecidos pela norma enseja a responsabilidade do fornecedor por ato próprio ou de terceiros por ele contratados. Nesse sentido aplicam-se tanto regra de solidariedade do artigo 7.º, parágrafo único, quanto do artigo 34 do CDC, que consagra a responsabilidade do fornecedor pelos atos praticados por seus prepostos e representantes autorizados. Neste sentido, a título exemplificativo, lembre-se que o fornecedor titular do direito de

de refrigeração dos medicamentos. Direito à saúde. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos de antigo proprietário. 2. A interrupção da prestação, ainda que decorrente de inadimplemento, só é legítima se não afetar o direito à saúde e à integridade física do usuário. Seria inversão da ordem constitucional conferir maior proteção ao direito de crédito da concessionária que aos direitos fundamentais à saúde e à integridade física do consumidor. Precedente do STJ. 3. Recurso Especial provido (REsp 1.245.812/RS, 2.ª T. j. 21.06.2011, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 01.09.2011). No mesmo sentido: REsp 510.478/PB, rel. Min. Franciulli Netto, DJU 08.09.2003, p. 312.

304. REsp 475.220/GO, rel. Min. Paulo Medina, DJU 15.09.2003, p. 414.

crédito responderá solidariamente com o escritório de cobranças contratado para exigir a dívida, e que nesta condição tenha violado os limites estabelecidos pelo artigo 42 do CDC.

2.3.2.2 Cobrança indevida de dívida

Além de estabelecer limites expressos para o exercício do direito de crédito pelo fornecedor, o artigo 42 do CDC também previu, em seu parágrafo único, sanção para a hipótese de cobrança indevida de dívida. Dispõe a norma em comento: "O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável". Trata-se de regra que regula a ação de repetição de indébito pelo consumidor, a qual estabelece sanção para o fornecedor, correspondente ao exato valor do débito cobrado indevidamente.

É de perceber que não se exige na norma em destaque, a existência de culpa do fornecedor pelo equívoco da cobrança. Trata-se, pois, de espécie de imputação objetiva, pela qual o fornecedor responde independente de ter agido ou não com culpa ou dolo. Em última análise, terá seu fundamento na responsabilidade pelos riscos do negócio, no qual se inclui a eventualidade de cobrança de quantias incorretas e indevidas do consumidor. A única hipótese do fornecedor se exonerar do pagamento deste valor será a demonstração de que se tratou de erro justificável. Note-se, contudo, a dificuldade de produção desta prova pelo fornecedor, uma vez que, como refere Claudia Lima Marques, "no sistema do CDC, o fornecedor deve, como profissional dominar todos os tipos de erros prováveis em sua atividade, erros de cálculo, impressão do valor errado no computador, trocado nome do computador".³⁰⁵ Neste sentido, a nosso ver, não procede o entendimento de que a repetição em dobro só será devida quando demonstrada a culpa ou má-fé do fornecedor,³⁰⁶⁻³⁰⁷ caso contrário, o consumidor faria jus apenas à restituição do

305. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1.050-1.051.

306. Assim a jurisprudência do STJ: "(...) 2. Incidência do art. 42, parágrafo único, do CDC. Esta Corte de Justiça possui entendimento consolidado acerca da viabilidade da repetição em dobro de valores nos casos em que comprovada a má-fé da parte que realizou a cobrança indevida. A cobrança indevida caracterizou-se pela conduta da casa bancária de exigir dos mutuários, no bojo de contrato de mútuo, quantia superior à efetivamente utilizada para a aquisição das ações, diferença que passou a existir em decorrência de deságio sofrido pelas moedas da privatização. Não integra o conceito de engano justificável a conduta da embargante que, na condição de instituição financeira mandatária, constituída por consumidor para a realização de negócio jurídico de aquisição de ações, descumpe cláusula expressa da avença e, mesmo após reiteradas solicitações dos mandantes para a prestação de contas, atinente à comprovação do valor pago pelas moedas da privatização, recusa-se ao cumprimento da obrigação. Má-fé caracterizada, devendo haver a devolução em dobro das quantias indevidamente exigidas. 3. Embargos de divergência parcialmente conhecidos e, na extensão, desprovidos" (STJ, EREsp 1.127.721/RS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 2.ª Seção, j. 28.11.2012, rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, DJe 13.03.2013).

307. "Administrativo. Fornecimento de água. Engano justificável. Impossibilidade de restituição em dobro. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no Ag 1.172.736/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1.ª T., j. 01.09.2011, DJe 08.09.2011); no mesmo sentido: "Processual civil. Administrativo. Serviço de água e esgoto. Tarifa. Cobrança indevida. Devolução em dobro. Artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Não incidência. Ausência de culpa ou má-fé. Engano justificável. Precedentes. 1. A controvérsia dos autos cinge-se à aplicação do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor (restituição em dobro). O escopo do mencionado artigo é evitar a inclusão de cláusulas abusivas e nulas que permitam que o fornecedor de produtos e serviços se utilize de métodos constrangedores de cobrança. 2. Na hipótese dos autos,

valor que pagou indevidamente. Não há se confundir aqui, a interpretação do artigo 42, parágrafo único, do CDC, com a regra há muito constante no direito civil, que imputa o dever de pagar em dobro ao credor que demandar o devedor em razão de dívida já paga (artigo 940 do CC/2002; artigo 1531 do CC/1916). No direito civil há, certamente, de requerer-se a má-fé como requisito para a imposição da sanção – como se caracteriza a exigência de pagamento em dobro pelo suposto credor.³⁰⁸

Não é o que ocorre no direito do consumidor, em que a natureza objetiva da responsabilidade do fornecedor se fundamenta justamente na imputação a ele dos riscos do mercado de consumo. A expressão “salvo engano justificável”, referida no artigo 42, parágrafo único, do CDC, a rigor imputa ao fornecedor o ônus de demonstrar que o equívoco da cobrança tem sua origem em conduta justificável (não dolosa e não culposa), para efeito de não fazer incidir a

a cobrança indevida se deu em razão de interpretação equivocada de legislação estadual (Decreto estadual 21.123/83), com o conseqüente enquadramento incorreto da entidade recorrente, o que, nos termos dos mais recentes precedentes desta Corte, afasta a atração do referido artigo. 3. Caracterizado engano justificável na espécie, notadamente porque o Tribunal de origem, apreciando o conjunto fático-probatório, não constatou a presença de culpa ou má-fé, é de se afastar a repetição em dobro. 4. Precedentes: REsp 1.099.680/SP, 2.ª T., rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJe* 29.03.2011; AgRg no REsp 1.105.682/SP, 2.ª T., rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 16.02.2011; AgRg no REsp 1.151.496/SP, 1.ª T., rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 02.12.2010. Embargos de divergência improvidos” (STJ, EREsp 1.155.827/SP, 1.ª Seção, j. 22.06.2011, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 30.06.2011). Ainda: “Consumidor. Repetição de indébito. Energia elétrica. Artigo 42, parágrafo único, do CDC. Ausência de culpa ou má-fé da concessionária. Engano justificável. Devolução em dobro. Impossibilidade. 1. O STJ firmou a orientação de que tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição do fornecedor do produto na restituição em dobro. 2. O Tribunal *a quo*, ao apreciar o conjunto fático-probatório, entendeu pela ausência de má-fé da Enersul, por considerar que a cobrança indevida decorreu do laudo elaborado pela empresa Advanced, razão pela qual determinou a restituição de forma simples do valor averiguado como indevidamente pago pela recorrente. 3. Caracteriza-se o engano justificável na espécie, notadamente porque a Corte de origem não constatou a presença de culpa ou má-fé, devendo-se afastar a repetição em dobro. 4. Ademais, modificar o entendimento consolidado no acórdão recorrido implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial não provido” (STJ, REsp 1.250.553/MS, 2.ª T., j. 07.06.2011, rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 15.06.2011). E por fim: “Reclamação. Divergência entre acórdão de turma recursal estadual e a jurisprudência do STJ. Resolução STJ 12/2009. Consumidor. Devolução em dobro do indébito. Necessidade de demonstração da má-fé do credor. 1. A Corte Especial, apreciando questão de ordem levantada na Rcl 3752/GO, em atenção ao decidido nos EDcl no RE 571.572/BA (relatora a Min. Ellen Gracie), entendeu pela possibilidade de se ajuizar reclamação perante esta Corte com a finalidade de adequar as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais estaduais à súmula ou jurisprudência dominante do STJ, de modo a evitar a manutenção de decisões conflitantes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional no âmbito do Judiciário. 2. A egrégia Segunda Seção desta Corte tem entendimento consolidado no sentido de que a repetição em dobro do indébito, prevista no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não prescinde da demonstração da má-fé do credor. 3. Reclamação procedente” (STJ, Rcl 4.892/PR, 2.ª Seção, j. 27.04.2011, rel. Min. Raul Araújo, *DJe* 11.05.2011). Em sentido contrário, no caso de cobrança de taxa de esgotamento sanitário sem que o serviço seja prestado, de modo que caracteriza o engano como injustificável: AgRg no REsp 1.135.528/RJ, 2.ª T., j. 02.09.2010, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 22.09.2010; e: AgRg no AREsp 212.696/RJ, 2.ª T., j. 20.09.2012, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 28.09.2012.

308. Neste sentido, aliás, já referia a Súmula 159 do STF, relativa à interpretação do artigo 1.531 do CC/1916, ora artigo 940 do CC/2002: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do artigo 1.531 do Código Civil”.

regra que determina a devolução em dobro. Não se pode concordar assim, com o entendimento que condiciona a devolução em dobro dos valores cobrados indevidamente, à demonstração (em regra, pelo consumidor) da presença de conduta reprovável do fornecedor (dolo ou culpa),³⁰⁹ mas que atualmente é majoritário na jurisprudência do STJ,³¹⁰ uma vez que esta interpretação se coloca em evidente contrariedade ao disposto no texto da norma.

Da mesma forma em certos contratos, como é o caso da abertura de crédito, o STJ editou a súmula 322, em que referiu: “Para a repetição de indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro.” Dentre os precedentes da Súmula 322, observa-se que “em se tratando de contrato de abertura de crédito em conta-corrente, a restituição dos valores pagos a maior não exige a prova do erro, por não se tratar de pagamento voluntário, uma vez que os lançamentos na conta são feitos pelo credor”.³¹¹ Ou ainda, conforme se observa dos precedentes de relatoria dos Ministros Ruy Rosado³¹² e Ari Pargendler: “A repetição do indébito, no contrato de abertura de crédito, não depende da prova de que o pagamento foi feito por erro do devedor; a respectiva ação só é julgada procedente quando constatado o erro do credor, que lança unilateralmente seus créditos”.³¹³

Porém, conforme já se referiu, o cabimento da repetição de indébito se observa sempre quando inexistente ou deixou de existir o *an debeatur*, a dívida mesma, em certo montante que foi objeto de pagamento indevido do consumidor. É o que ocorrerá quando no contrato de crédito se reconheça a abusividade de cláusulas e sua respectiva nulidade ou revisão, conforme autorizado pelo CDC (artigo 6.º, V e artigo 51, *caput* e § 2.º).³¹⁴

309. Exigindo a demonstração da má-fé como pressuposto da devolução em dobro: STJ, AgRg no REsp 954561/RS, rel. Min. Castro Meira, j. 23.10.2007, DJU 08.11.2007, p. 222.

310. “Direito civil. Cobrança de valor indevido. Restituição em dobro com base no CDC. 1.- A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ é firme no sentido de que a repetição em dobro do indébito, prevista no artigo 42, parágrafo único, do CDC, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor. 2. Agravo Regimental improvido” (STJ, AgRg no REsp 1.199.273/SP, 3.ª T., j. 09.08.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 19.08.2011).³¹¹

311. STJ, REsp 205.990/RS, 4.ª T., j. 18.05.2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 07.08.2000.

312. “Contrato de abertura de crédito. Juros. Limite. Revisão judicial. Repetição de indébito. Aplicação da Súmula 596/STF para permitir a cobrança dos juros nos limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional. Há possibilidade de revisão judicial de contrato de abertura de crédito, ainda que já tenham sido feitos pagamentos durante a sua execução. A exigência da prova do erro, para a repetição do indébito (artigo 965 do Código Civil) [artigo 877 do atual Código Civil], não se aplica aos contratos de abertura de crédito (cheque ou ouro), onde os lançamentos na conta são feitos pelo credor. Recurso conhecido em parte e provido” (STJ, REsp 176.459/RS, 4.ª T., j. 23.11.1998, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 15.03.1999).

313. “Comercial. Abertura de crédito. A repetição do indébito, no contrato de abertura de crédito, não depende da prova de que o pagamento foi feito por erro do devedor; a respectiva ação só é julgada procedente quando constatado o erro do credor, que lança unilateralmente seus créditos. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no Ag 306.841/PR, 3.ª T., j. 13.08.2001, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 24.09.2001).

314. “Direito processual civil e econômico. Agravo no agravo de instrumento. Ação revisional. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Capitalização de juros. Ausência de novos argumentos. Repetição do indébito. Possibilidade. Não tendo a agravante trazido argumentos novos capazes de ilidir os fundamentos da decisão agravada, é de se negar provimento ao agravo. Não se faz necessária a prova do erro para exercer o direito à repetição do indébito nos contratos bancários. Precedentes. Agravo no agravo de instrumento não provido” (STJ, AgRg no Ag 641382/RS, 3.ª T., j. 19.05.2005, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 06.06.2005).

Da mesma forma, os precedentes que fundamentam a Súmula 322/STJ observam o cabimento da repetição de indébito nos contratos de abertura de crédito em sentido estrito (disponibilidade do dinheiro) que venham a se converter em mútuo mediante uso do dinheiro pelo tomador do crédito, bem como o de concessão de crédito propriamente dito, mediante celebração do contrato de mútuo, quando a dívida tenha por fundamento uma ilegalidade ou cláusula proibida.³¹⁵

Note-se que nesta circunstância, assim como já referimos com relação ao artigo 39, parágrafo único do CDC, não se está à frente de situação de enriquecimento sem causa do consumidor, em face da restituição em dobro determinada pela norma. Mais uma vez aqui, referimos que a causa de atribuição patrimonial do valor correspondente à quantia devolvida, e o montante de igual valor que deverá ser devolvido junto com esta ao consumidor, é a própria lei que determina a hipótese de devolução em dobro.³¹⁶ O que se distingue é apenas a natureza da pretensão do consumidor. Com relação ao valor pago indevidamente, possui o consumidor uma pretensão restitutória, enquanto no valor equivalente, que deverá ser pago pelo fornecedor além da devolução, a pretensão será tipicamente indenizatória, relativa aos danos que se presumem havidos do ilícito, conforme estabelecido na norma do artigo 42. De se reconhecer aí, com relação ao dever de devolução em dobro, o caráter pedagógico da norma consagrada pelo CDC, sem prejuízo das sanções administrativas e criminais³¹⁷ aplicáveis na hipótese.

2.3.3 Bancos de dados e cadastros de consumidores

Dentre as práticas de mercado mais comuns na atual sociedade da informação e de consumo está a formação dos chamados bancos de dados e cadastros de consumidores. Em verdade, não deixam de ser uma síntese das características atuais do mercado de consumo. Por um lado, a massificação do mercado, com a incorporação de milhões de consumidores, determinou, igualmente, uma relativa uniformização das práticas de mercado, e a necessidade de organizar a utilização das informações relativas a estes consumidores. Tais procedimentos, por outro lado, tornam-se possíveis, e com viabilidade econômica, em face do surgimento dos recursos informáticos que aperfeiçoam a coleta, organização e classificação de informações, dispondo de ferramentas úteis a quem se disponha a manter, atualizar e explorar estes dados.

Daí é que surge a importância destes bancos de dados e cadastros de consumidores para o direito do consumidor. Aq mesmo tempo em que é legítimo aos fornecedores organizar e explorar as informações pessoais e econômicas dos consumidores, por outro lado há a necessi-

315. "Agravamento regimental. Recurso especial parcialmente provido. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente. Capitalização mensal. Repetição do indébito. Honorários. Compensação. Comissão de permanência. 1. Inadmissível a capitalização mensal dos juros nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente. 2. Admitida a repetição do indébito, independentemente de prova do erro no pagamento, quando presentes cláusulas ilegais. 3. Na linha da jurisprudência da Segunda Seção desta Corte, admite-se a compensação de honorários advocatícios em casos de sucumbência recíproca. 4. Legalidade da incidência da comissão de permanência, no período de inadimplência, 'desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula 30/STJ), nem com os juros remuneratórios, calculada à taxa de mercado do dia do pagamento, limitada, entretanto, à taxa pactuada no contrato' (REsp 271.214/RS, 2.ª Seção, DJ 04.08.2003, no qual fui designado Relator para acórdão). 5. Agravamento regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 633.749/RS, 3.ª T., j. 26.08.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 16.11.2004).

316. No mesmo sentido: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1.052.

317. ALMEIDA. *A proteção jurídica do consumidor...*, p. 128.

dade de proteger o consumidor em relação ao mau uso destas informações, o que ocorre quando isto se dá em prejuízo aos direitos da personalidade, como o direito à honra ou o direito à privacidade, assim como a divulgação de informações incorretas e inverídicas termina por causar danos aos consumidores. O exemplo maior deste problema, em nossa realidade, são as diversas hipóteses de inscrição indevida dos consumidores em bancos de dados de proteção ao crédito, para o que a jurisprudência brasileira vem reconhecendo o direito dos consumidores - vítimas à indenização pelos prejuízos sofridos em razão desta prática.³¹⁸

O CDC, ao regular os bancos de dados e cadastros de fornecedores, admitiu sua existência como prática reconhecida do mercado de consumo, estabelecendo os critérios e limites segundo os quais podem ser desenvolvidos e utilizados. Todavia, o fez em atenção à preocupação internacional que desde algum tempo dirige-se à privacidade dos dados pessoais dos consumidores.³¹⁹ Anteriormente ao CDC, e servindo-lhe de inspiração,³²⁰ o *Fair Credit Reporting Act*, vigente nos Estados Unidos desde a década de 1970, estabelecida no âmbito da legislação mais ampla de proteção do consumidor de crédito (*Consumer Credit Protection Act*).³²¹ Da mesma forma, após a vigência do CDC, a larga repercussão que alcança a Diretiva 95/46, da União Europeia, para proteção dos indivíduos em relação ao tratamento e movimento de dados pessoais, a qual, ao tempo em que reconhece a licitude da coleta de informações (artigo 6.º), estabelece uma série de deveres a quem se proponha a tal atividade, como o de assegurar a exatidão e atualidade dos dados, assim como permitir ao titular das informações coletadas a possibilidade de ser informado sobre o conteúdo destas informações, assim como o direito à retificação. Da mesma forma, estabelece uma proteção especial mais intensa, aos chamados *dados sensíveis*, quais sejam, os que digam respeito à origem étnica ou racial, orientação sexual, estado de saúde, assim como as convicções políticas, religiosas ou filosóficas do titular das informações (artigo 8.º).

No direito brasileiro, a proteção do sigilo de informações está assegurada na Constituição da República, sob o resguardo do direito à intimidade e à privacidade pessoal. Neste sentido, as normas do CDC sobre bancos de dados e cadastros de consumidores, ao mesmo tempo em que realizam o mandamento constitucional de defesa do consumidor, servem, de modo específico, à proteção da intimidade e privacidade dos consumidores.

2.3.3.1 Noções introdutórias: distinção entre bancos de dados e cadastros de consumidores

Os bancos de dados e cadastros de consumidores são identificados, em conjunto, sob a terminologia *arquivos de consumo*. Esta expressão vai se considerar gênero do que são espécies os bancos de dados e os cadastros de fornecedores. Segundo Antonio Herman Benjamin, o Código de Defesa do Consumidor ao indicar dentre as práticas comerciais sob a incidência de suas normas, previu-os de modo genérico, de modo a envolver "todas as modalidades de armazena-

318. Para o tema, veja-se: BESSA, Leonardo. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: RT, 2003. p. 130 et seq. No mesmo sentido o cuidadoso trabalho de EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastros de consumidores*. São Paulo: RT, 2002. p. 168 et seq.

319. Veja-se a respeito: SAMPAIO, José Adércio Leite. *O direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 481; BESSA, Leonardo. *O consumidor e os limites dos bancos de dados...*, p. 133 et seq. SILVEIRA, Paulo Caliendo Velloso da. A proteção de dados no direito comparado. *Revista da Ajuris*, v. 71, p. 302-343. Porto Alegre: AJURIS, nov. 1997.

320. BENJAMIN. *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 400.

321. Para detalhes, veja-se EFING. *Bancos de dados e cadastros...*, p. 96 et seq.

mento de informações sobre consumidores, sejam elas privadas ou públicas, de uso pessoal do fornecedor ou abertas a terceiros (...).³²²

Os arquivos de consumo têm como características comuns – tanto aos bancos de dados, quanto aos cadastros de fornecedores – o fato de armazenarem informações sobre terceiros para uso em operações de consumo. A distinção entre bancos de dados e cadastros de fornecedores, entretanto, caracteriza-se por sua: a) *aleatoriedade na coleta das informações que o conformam*; b) *organização permanente das informações, à espera de utilização futura*; c) *transmissibilidade extrínseca, na medida em que é direcionada a utilização por terceiros*; e d) *inexistência de autorização ou conhecimento do consumidor quanto ao registro*.³²³ É o caso, no Brasil, dos denominados órgão de proteção ao crédito (SPC, SERASA), os quais terão sua finalidade específica voltada à obtenção, organização, armazenamento e divulgação relativamente restrita, das informações financeiras e patrimoniais em geral dos consumidores para os fornecedores, com o objetivo de subsidiar o exame, por parte destes, da conveniência da celebração do contrato de consumo.³²⁴ Em termos práticos, entretanto, a inscrição do consumidor em quaisquer destes cadastros equivale à sua exclusão do mercado de compra a crédito, e mesmo, da possibilidade de aquisição de produtos mediante pagamento em cheque, ou quaisquer outros mecanismos que não o dinheiro (moeda de custo forçado).

De outro modo, os denominados cadastros de consumidores caracterizam-se também como um conjunto de informações coletadas e organizadas, geralmente, de modo profissional. Distingue-se, todavia, destes cadastros, pelo fato do registro ter por finalidade própria subsidiar atividade comercial, atual ou futura, do fornecedor. As informações de que se compõem este cadastro podem ser fornecidas pelo próprio consumidor, no interesse de celebrar uma determinada relação de consumo com o fornecedor, ou mesmo resultarem de pesquisa do próprio proprietário do cadastro, que pode criar novos cadastros ou enriquecê-lo de outras informações. São dirigidos, deste modo, a formar *perfis* de consumidores, a partir dos quais poderá ser identificada, em vista de uma análise, por vezes multidisciplinar, sua aptidão por determinados produtos ou serviços.

É interessante notar que Antonio Herman Benjamin, examinando as práticas de mercado no princípio da década de 1990, referia em relação aos cadastros de fornecedores, que na sua

322. Segundo o consagrado jurista, a disciplina do CDC publicizou os arquivos de consumo, não em relação ao seu domínio ou gerenciamento, mas quanto ao amplo acesso das informações que dispõem, por qualquer interessado. Benjamin, Antonio Herman, et alli. *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 415-416.

323. BENJAMIN. *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 416. Note-se, todavia, o entendimento do STJ, no sentido da não aplicação do CDC no caso de bancos de dados mantidos pelo Banco Central do Brasil, em face da inexistência de relação de consumo entre o titular das informações e a autarquia federal, mas sim de relação jurídico-administrativa: STJ, REsp 1.220.394/RS, 2.ª T., j. 02.10.2012, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 09.10.2012.

324. Neste sentido, relata Bertram Antônio Stürmer ao mencionar as características da concessão de crédito antes da organização dos cadastros e bancos de dados de proteção ao crédito: “a concessão do crédito era demorada, trabalhosa e complexa. O candidato ao crédito preenchia um longo cadastro de informações, entre elas indicando o armazém onde realizava as compras, o seu alfaiate e, eventualmente, outras lojas onde comprava a crédito (...). O setor de crediário dessas lojas pioneiras possuía cadastro de grande número de pessoas, o que fazia com que ficassem, no início de cada manhã, apinhados de informantes de outras lojas, em busca de dados e informações dos clientes já por ela cadastrados”. STÜRMER, Bertram Antônio. Banco de dados e *habeas data* no Código do Consumidor. *Revista Lex Jurisprudência do STJ e TRFs*, v. 49, p. 11. São Paulo: Lex, 1993.

formação muitas vezes o fornecedor e o arquivista se confundiam em uma só pessoa.³²⁵ O crescimento da utilização deste recurso como instrumento auxiliar, e muitas vezes principal da atividade de *marketing* dos fornecedores, fez com que a atividade de coleta, organização, pesquisa e armazenamento dos dados de consumidores adquirisse um perfil profissional, com o surgimento de empresas especializadas nesta atividade (os cadastros de consumidores, neste sentido, constituirão ativos patrimoniais das empresas).

O exemplo mais ilustrativo é o do denominado *marketing direto* ou *marketing individualizado* (*distinguindo-se do marketing de massa*³²⁶), que se desenvolve a partir do oferecimento direto pelo fornecedor (detentor do cadastro) ao consumidor, de um determinado produto ou serviço, de acordo com um perfil específico que o identifique com um segmento de adquirentes potenciais do produto ou serviço (a identificação dos hábitos de consumo),³²⁷ ou mesmo sua vinculação a outro serviço que facilita ou agiliza os meios de cobrança pelo fornecedor (titular de um determinado cartão de crédito, cuja operadora mantém relação jurídica subjacente com fornecedor-ofertante). Nestes casos, a oferta ao consumidor é feita mediante a utilização de correspondência, por via telefônica, ou mesmo através do envio não solicitado de mensagens eletrônicas pela *internet*, dando origem aos conhecidos *spams*.

Ao mesmo tempo, a popularização do uso de mensagens eletrônicas fez com que, por intermédio da utilização de alguns recursos de informática, seja possível identificar quantidades de endereços eletrônicos e mesmo o monitoramento de utilização da *internet*, pela identificação dos sítios acessados pelos usuários da rede. Isto implica, de um lado, a possibilidade de formação de perfis dos consumidores usuários da *internet*, e a conseqüente disseminação de mensagens eletrônicas selecionadas mediante critérios centrados em informações sobre o comportamento do consumidor na rede mundial de computadores.

As amplas possibilidades de utilização dos arquivos de consumo como instrumento de fomento à atividade dos fornecedores, no sentido de restringir o acesso dos que eventualmente sejam considerados “maus consumidores” no mercado, ao mesmo tempo em que procura ampliar a conquista de novos consumidores (mediante segmentação do mercado, por exemplo), coloca em primeiro plano a questão da proteção dos direitos da personalidade pelas normas do CDC.³²⁸ Em especial, os que digam respeito à intimidade e privacidade do consumidor titular das informações.

2.3.3.2 A regulação dos bancos de dados e cadastros de consumidores pelo CDC

O Código de Defesa do Consumidor vai regular a formação e utilização dos bancos de dados e cadastros de fornecedores no seu artigo 43. Das disposições legais se retiram as primei-

325. BENJAMIN. *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*..., 8. ed., p. 416.
326. Trata-se de realidade comum em outros países, conforme ensina, na perspectiva de direito comparado, em sua recente obra: MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 87 e ss.
327. Veja-se: BARBOSA, Fernanda Nunes. Informação e consumo: a proteção do consumidor no mercado contemporâneo da oferta. *Revista de direito do consumidor*, v. 88. São Paulo: RT, julho/2013, p. 145 e ss.
328. Veja-se, a respeito, as considerações de: BERTONCELLO, Karen Danilevicz. Seguro de pessoas e acesso ao mapa genético individual. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 56, p. 75 et seq. São Paulo: RT, out.-dez./2005.

ras características impressas pelo direito brasileiro para o desenvolvimento dos arquivos de consumo. Em primeiro lugar, o *caput* do artigo 43 determina a ampla acessibilidade do consumidor sobre as informações pessoais concernentes a si próprio. No mesmo artigo, dentre outros deveres indicados aos que promovem a criação ou gestão destes arquivos de consumo, estabelece o dever de veracidade das informações armazenadas (§ 1.º), indicando inclusive ao consumidor o direito de reclamar imediata correção dos dados, na hipótese de sua inexatidão (§ 3.º). Ao mesmo tempo, condiciona a inscrição do consumidor, quando esta não tenha sido solicitada por ele, a sua prévia comunicação por escrito (§ 2.º).³²⁹

Em concluindo o espectro de proteção do CDC, o § 4.º do artigo 43 qualifica os bancos de dados e cadastros de consumidores, assim como os serviços de proteção ao crédito e entidades congêneres, como equiparadas³ a entidades de caráter público – permitindo a utilização, pelo consumidor, do remédio constitucional do *habeas data* para garantir o acesso e conhecimento dos seus dados pessoais.³³⁰ Ao mesmo tempo, limitou o prazo de apresentação, por bancos de dados, de informações sobre débitos do consumidor, ao instante de prescrição da respectiva dívida (artigo 43, § 5.º).

Em se tratando de bancos de dados ou cadastros de fornecedores, a proteção dos direitos da personalidade do consumidor vai se concentrar, sobretudo, na tutela da sua integridade moral, em especial a proteção do direito à privacidade e do direito à honra.

A hipótese corrente de lesão aos direitos da personalidade é o da agressão ao direito à honra do consumidor. Por direito à honra entende-se o direito subjetivo pelo qual o consumidor tem assegurada a projeção para a comunidade (ou, no caso, para os agentes do mercado de consumo), de informações corretas em relação à sua conduta negocial. Sua violação, neste sentido, se dá pela inscrição indevida do consumidor como inadimplente nos serviços de proteção ao crédito ou assemelhados. Segundo aponta Leonardo Bessa, “o dano moral, decorrente do registro indevido em bancos de dados de proteção ao crédito, deve ser encarado sob diversas perspectivas, com ênfase aos direitos da personalidade (privacidade e honra)”.³³¹ Refere ainda, que o potencial ofensivo dos bancos de dados aos direitos da personalidade, tanto da pessoa física quanto da pessoa jurídica, é argumento suficiente para reconhecer a vulnerabilidade de todos os expostos à atividade dos bancos de dados, o que decorre da condição de superioridade de quem os possui.³³²

329. REsp 285.401/SP, 4.ª T., j. 19.04.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior, DJU 11.06.2001, p. 232; REsp 292.045/RJ, 3.ª T., j. 27.08.2001, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 08.10.2001, p. 213. Determinando esta obrigação ao responsável pela gestão do banco de dados: REsp 442.483/RS, 4.ª T., j. 05.09.2002, rel. Min. Barros Monteiro; DJU 12.05.2003, p. 306. Já decisão do TJRS indicando o ato de inscrição como nulo, ensejando indenização, quando não realizada a comunicação do consumidor: TJRS, Ap.Civ 70.003.035.854, 9.ª Câm. Civ., j. 25.09.2002, rel. Des. Mara Larsen Chechi.

330. Neste sentido, relembra Antonio Herman Benjamin, calcado nas considerações do professor Kazuo Watanabe, que o *habeas data* se consagra como instrumento processual adequado para o acesso do consumidor aos seus dados pessoais, em que pese o veto presidencial ao artigo 86 do Código que o previa expressamente. Por continuar a prever o caráter público destes bancos de dados e cadastros de fornecedores, e o fato do *habeas data* tratar-se de remédio constitucional insuscetível de limitação pelo legislador ordinário, muito menos pelo Poder Executivo, sua utilização restou consagrada no CDC. BENJAMIN, *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, p. 414-415.

331. BESSA, Leonardo Roscoe. Abrangência da disciplina conferida pelo Código de Defesa do Consumidor aos bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 42, p. 149-172. São Paulo: RT, abr.-jun. 2002.

332. BESSA. Abrangência da disciplina conferida pelo Código de Defesa do Consumidor..., p. 165.

A qualificação de um determinado registro em banco de dados como indevido, poderá decorrer de uma série de circunstâncias. Na hipótese mais comum, o registro, como inadimplente, do consumidor que já realizou o pagamento da dívida,³³³ contesta sua existência ou validade³³⁴ por quaisquer dos meios admitidos em direito,³³⁵ como no caso de decorrer de fraude de terceiros pelos quais responde o fornecedor³³⁶ – ou mesmo sua inexigibilidade pelo advento da prescrição, caracteriza a realização de conduta ilícita. O principal direito subjetivo ofendido pela conduta ilícita é o direito à honra do consumidor, violada pela projeção externa de informações desabonatórias não verdadeiras, e enseja a indenização por danos morais advindos da ofensa. A hipótese, neste caso, será de dano moral puro,³³⁷ não exigindo a necessidade da prova do dano.³³⁸ Este, aliás, é o entendimento que vem sendo adotado pelo Poder

333. No caso de pagamento posterior à inscrição, é do credor satisfeito o ônus de cancelar o registro. Assim decide o STJ: "Responsabilidade civil. Inscrição em cadastro negativo. Obrigação da credora de providenciar o cancelamento uma vez quitado o débito. Indenização. Valor adequado posto na sentença. Precedentes da Corte. 1. Na linha de precedentes da Corte, incumbe ao credor, uma vez quitado o débito, cancelar a inscrição do nome do devedor no cadastro negativo. 2. O valor da indenização postú pela sentença é adequado ao caso concreto, não se justificando qualquer modificação. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (STJ, REsp 439.243/RJ, 3.ª T., j. 06.12.2002, rel. Min. Carlos Alberto Direito, DJU 24.02.2003, p. 229). Em sentido idêntico: REsp 432.062/MG, j. 03.10.2002, rel. Min. Aldir Passarinho Junior; DJ 16.12.2002; REsp 299.456/SE, 4.ª T., j. 19.12.2002, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 02.06.2003, p. 299.
334. Hipótese da inscrição de débito decorrente de serviço não solicitado pelo consumidor: REsp 265.121/RJ, 4.ª T., j. 04.04.2002, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 17.06.2002, p. 267. No mesmo sentido o TJRS, na hipótese de inscrição no SPC do débito de anuidade de cartão de crédito não solicitado pelo consumidor: ApCiv 70.003.335.940, 10.ª Câm. Civ., j. 27.03.2003, rel. Luiz Ary Vessini de Lima. Para a inscrição de dívida cujo montante era contestado em juízo: "Serasa. Dano moral. – A inscrição do nome da contratante na Serasa depois de proposta ação para revisar o modo irregular pelo qual o banco estava cumprindo o contrato de financiamento, ação que acabou sendo julgada precedente, constitui exercício indevido do direito e enseja indenização pelo grave dano moral que decorre da inscrição em cadastro de inadimplentes. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 219.184/RJ, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, LEX-STJ 132/176).
335. Claudia Lima Marques apontará a prática de inscrição dos consumidores que estejam contestando suas dívidas como espécie de atuação que alterna um comportamento malicioso ou negligente. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 692.
336. STJ, AgRg no AREsp 102.524/RS, 3.ª T., j. 02.10.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 05.10.2012.
337. Assim o TJRS, ApCiv 70.002.981.165, 9.ª Câm. Civ., j. 27.03.2002, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino.
338. Neste sentido: MARINS, James. *Habeas data*, antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de direito do consumidor*, v. 26. São Paulo: RT, abr.-jun. 1998, p. 107. O STJ, de sua vez, decide no mesmo sentido: "Direito do consumidor. Cancelamento indevido de cartão de crédito. Inscrição do número no boletim de proteção (lista negra). Constrangimento. Compra recusada. Dano moral. Prova. Desnecessidade. Precedentes. Recurso provido. – Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, "a exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular" nesse cadastro" (STJ, REsp 233.076/RJ, 4.ª T., j. 16.11.1999, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; DJU 28.02.2000). Observe-se, contudo a crítica de Leonardo Bessa ao uso da expressão dano in re ipsa, para qualificação dos danos decorrentes de inscrição indevida em bancos de dados restritivos de crédito, sob o argumento de que nestes casos, deixa o julgador de avaliar, objetivamente, os atributos da personalidade efetivamente

Judiciário.³³⁹ No caso do Superior Tribunal de Justiça, a linha de entendimento vinha sendo a de considerar a desnecessidade de prova do dano, presumido em relação à mera existência de inscrição indevida,³⁴⁰ o que, aliás, observa-se não apenas em relação à inscrição indevida, como à devolução indevida de cheques (Súmula 388: “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral”). Contudo, em 2009, o entendimento da Corte sofreu modificação, firmando-se no sentido de que a existência de outras inscrições procedentes nos serviços de proteção ao crédito, anteriores à inscrição indevida da qual se reclama indenização, não torna esta causa de indenização, porquanto estaria descaracterizado o dano. Neste sentido a Súmula 385 a afirmar que “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.” Nosso entendimento, contudo, é de que a visão expressa pela súmula resulta de uma concepção restrita do STJ com relação ao conceito de dano moral, especialmente considerando o reconhecimento da finalidade de desestímulo de que se reveste a indenização nestes casos. O fato de existirem inscrições legítimas em desfavor do consumidor inadimplente não parece suficiente para descaracterizar o dano causado pela inscrição indevida, sobretudo se considerado que a violação do direito neste caso, restará sem qualquer sanção.³⁴¹

De resposta mais complexa, todavia, nos parecem os efeitos da proteção da privacidade do consumidor em relação ao processo de formação, difusão e comercialização crescente dos cadastros de consumidores. Refere Antonio Herman Benjamin que são excluídos dos arquivos de consumo as informações de caráter personalíssimo do consumidor, a não ser com sua autorização expressa. Ao mesmo tempo, as informações referentes a família, reputação, características individuais ou modo de vida, não devem ser reconhecidas como possíveis, “a não ser que fortemente vinculadas ao mercado”.³⁴² Fora disso, trata-se de vedação absoluta indicada pela norma legal.³⁴³

Ocorre que tais informações podem ser utilizadas, atualmente, como critérios considerados importantes para definição dos denominados *perfis de consumo* ou *perfis de consumidor*, a serem identificados pelos responsáveis pelo cadastro. Assim, pode haver a definição do consumidor em um determinado segmento (por exemplo, com maior ou menor renda, que realize viagens internacionais, que tenha filhos até certa idade), com a finalidade de identificar hábitos ou preferência suficientes para organizar ações promocionais *personalizadas* ou *segmentadas*, em razão destas particularidades.

A questão então, é se estas informações estariam ou não sob a proteção da privacidade. Para responder à indagação, entretanto, duas as questões a serem levantadas. Primeiro, se tais informações foram colhidas com ou sem a anuência do consumidor, se este manifestou sua

-
- te violados em razão do ilícito. BESSA, Leonardo. Responsabilidade civil dos bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de direito do consumidor*, v. 92. São Paulo: RT, mar.-abr./2014, p. 49 e ss.
339. Para o exame completo da jurisprudência, veja-se: EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastros de fornecedores*. São Paulo: RT, 2002. No mesmo sentido: MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos*..., 4. ed., p. 689-701.
340. 4.ª T., REsp 327.420/DF, j. 23.10.2001, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 04.02.2002.
341. Veja-se: MIRAGEM, Bruno. Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral. Comentários à Súmula 385 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 81, p. 323-338. Convergem com nosso entendimento: MORAIS, Ezequiel. PODESTÁ, Fábio Henrique. CARAZAI, Marcos Marins. *Código de defesa do consumidor comentado*. São Paulo: RT, 2010. p. 223.
342. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*..., p. 435-436.
343. *Idem*, p. 436.

concordância com a inclusão das mesmas em cadastro, bem como a respeito ao modo de utilização destes dados.³⁴⁴ Igualmente relevante, a ciência se tais informações coletadas não fazem referência à privacidade de terceiros que tenham relação com o consumidor, e para os quais não foi dado qualquer conhecimento ou mesmo requerida a inclusão.

Os possíveis questionamentos quanto aos cadastros de consumidores são inúmeros, sobretudo em razão da própria flexibilidade, no caso concreto, de quais sejam as informações resguardadas sob a proteção da privacidade, e mesmo se há possibilidade de se determinar, *a priori*, a qualidade especial que distingue esta afirmação.³⁴⁵

A extensa jurisprudência da aplicação do CDC, de sua vez, não auxilia nesta questão, uma vez que o conhecimento dos consumidores sobre a utilização dos seus dados pessoais é extremamente complexo, sobretudo em razão das transações que envolvem diversas empresas na utilização destas informações, bem como a difícil percepção do dano pelo simples uso *a priori* desconhecido do titular dos dados.

E a questão, justamente, é saber em que medida o acesso, coleta e transmissão destas informações constituem ou não uma interferência na privacidade do consumidor. Ou de outro modo, se existiriam dados específicos que só pertencem ao espaço protegido pela privacidade do indivíduo, ou esta se trata de um conceito flexível, moldando seus limites de acordo com o caso concreto.

Os direitos da personalidade são indisponíveis, segundo dispõe expressamente o Código Civil, em seu artigo 11, quando afirma que seu exercício “não poderá sofrer limitação voluntária”. O artigo 21 do CC refere entre os direitos da personalidade, o direito à vida privada (“A vida privada da pessoa natural é inviolável...”). Trata-se, portanto, de indisponibilidade fixada *em lei*, à qual o titular do direito se subordina.

Uma questão de relevância, neste caso, seria se o consumidor poderia informar, de modo voluntário, quaisquer dados ao cadastro de fornecedores, ou se isto não seria possível, uma vez que contrária à indisponibilidade característica do direito à privacidade, como espécie de direito da personalidade.

Antônio Jeová dos Santos distingue em relação às informações arquivadas três categorias: a) públicas; b) pessoais de interesse público; e c) sensíveis. As informações públicas seriam aquelas

344. Em relação aos cadastros formados a partir de informações fornecidas pela internet, os requisitos exigidos para inscrição do consumidor são os mesmos. No mesmo sentido é o entendimento de Luciana Antonini Ribeiro, que refere: “transpondo-se a situação em questão à realidade virtual, verificamos que, quando do preenchimento de um formulário virtual, deverá o consumidor ser expressamente identificado de que aquelas informações constarão de um banco de dados, se for o caso. Cabe ainda ao fornecedor informar qual a utilização que será conferida às informações lá constantes”. RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na internet. Uma primeira reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 41, p. 151-165. São Paulo: RT, jan.-mar. 2002.

345. Acórdão do STJ, entretanto, ainda que não se tratando da aplicação do CDC, mas adotando a legislação processual civil, incluiu o endereço do executado dentre os seus dados pessoais passíveis de proteção: “Execução. Requisição de informação de endereço do réu ao banco central. Impossibilidade. 1. Embora na hipótese dos autos não se pretenda, através de requisição ao Banco Central, obter informações acerca de bens do devedor passíveis de execução, mas tão somente o endereço, o raciocínio jurídico a ser adotado é o mesmo. 2. O contribuinte ou o titular de conta bancária tem direito à privacidade em relação aos seus dados pessoais, além do que não cabe ao Judiciário substituir a parte autora nas diligências que lhe são cabíveis para demandar em juízo. 3. Recurso especial não conhecido” (REsp 306.570/SP, 2.ª T., j. 18.10.2001, rel. Min. Eliana Calmon; DJU 18.02.2002, p. 340).

que dizem respeito a toda a sociedade, atendendo sua divulgação ao direito de informar; informações *personais de interesse público* seriam aquelas relativas ao indivíduo, mas que serviriam para sua identificação, tal qual o nome, domicílio, estado civil e filiação; enquanto as informações sensíveis seriam as que indicariam situação pertinente à esfera íntima do indivíduo, como sua situação econômica, opiniões, sua vida conjugal e sexual, dentre outras.³⁴⁶ A distinção entre as várias categorias, entretanto, não se apresenta de modo simples.

A adoção dos cadastros de fornecedores, contudo, uma vez que contam com expressa previsão legal (ainda que sejam os limites que lhe impõem o CDC), não é obviamente contrária ao direito. E neste sentido, as informações de que se compõem o cadastro, uma vez fornecidas pelo consumidor consciente da finalidade para a qual presta as informações, ou mesmo indicando em relação a estas, tratamento que as excluem da esfera da sua privacidade, se há de reconhecer como informações lícitas. E não por que se vai estar diante de: disponibilidade sobre a proteção da vida privada, mas sim da extensão que o próprio consumidor estará indicando a sua privacidade. Ou seja, não vai se tratar da disposição sobre o direito da personalidade em si, mas ao conteúdo que o consumidor indicará para sua proteção, qualificando-as como informações privadas.³⁴⁷

Neste sentido, se estará diante da própria definição do que se vai identificar como direito à vida privada, cujo significado não poderá desprender-se da noção da autonomia do indivíduo para determinar, em relação a certas informações da sua vida pessoal, um caráter de tal pertinência destas informações com seus interesses personalíssimos, que o direito reconhece sua prerrogativa de deixá-las ao largo do conhecimento público ou geral. Ou seja, trata-se de âmbito de autodeterminação individual.³⁴⁸

346. SANTOS, Antônio Jeová dos. *O dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001, p. 193. Igualmente: CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 46. São Paulo: RT, abr.-jun. 2003, p. 93. Segundo o entendimento de Ana Paula Gambogi Carvalho, seriam arquiváveis, apenas os dados considerados não sensíveis, portanto, as informações definidas como pessoais e as pessoais de interesse público (p. 93-94).

347. Neste caso, há conhecida polêmica dentre os especialistas no tema, se a regularidade da inclusão do consumidor em cadastro estaria condicionada a sua prévia e expressa anuência (*opt in*), ou se esta inscrição seria possível desde logo, assistindo ao consumidor o direito de requerer a exclusão posterior, quando comunicado da mesma (*opt out*). Parece-nos fora de dúvida que o regime do CDC adota a primeira opção, ao estabelecer no artigo 43, § 2.º, que a "abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele". E tanto é correta esta conclusão, que alguns projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional, e que regulam a organização dos bancos de dados (notadamente o PL 3.494/2000 que "dispõe sobre a estruturação e o uso de dados sobre a pessoa e disciplina o rito processual do *habeas data*"), ao determinar a opção pelo *opt out*, implicam em alteração da redação original do CDC (*Diário da Câmara dos Deputados*, 24.08.2000, p. 44.998). Em sentido contrário, entretanto, o Projeto de Lei 6.981/2002, que tramita apensado ao primeiro, e que ao pretender regular a matéria estabelece, dentre os requisitos exigíveis para o tratamento de dados pessoais, que sejam *consentidos expressamente pelo titular, excetuados em casos de cumprimento de obrigação legal ou proteção de interesses vitais do titular dos dados*, mantém a característica estabelecida pelo CDC, de *opt in*, regulamentando-a, relativamente aos cadastros de consumo.

348. Em sentido semelhante, o trabalho de: MARTINS, Luciana Mabilia. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2002. p. 337-371.

2.3.3.3 *Espécies de bancos de dados*

São basicamente duas as espécies de bancos de dados de consumidores estruturados habitualmente no mercado de consumo. Primeiro os que arquivam e mantêm informações do comportamento de consumo, que em razão do seu conteúdo deem causa à impressão geral negativa ou o desabonem, perante outros fornecedores, para futuras contratações. São *bancos de dados restritivos*, cujo acesso da informação pelo fornecedor, em geral impede ou condiciona o acesso do consumidor ao crédito para o consumo. Segundo, os *bancos de dados de informações positivas*, compostos de informações que atestam, em geral, o bom comportamento dos consumidores na realização de seus negócios de consumo, como a habitualidade do pagamento regular de suas obrigações, seu nível de comprometimento, dentre outros dados relevantes. A finalidade principal da manutenção e acesso dos fornecedores em bancos de dados de informações positivas diz respeito a uma redução dos riscos de inadimplemento. A perversão deste instrumento, contudo, pode estabelecer a obrigatoriedade de que consumidor tenha seus dados arquivados em banco de dados de informações positivas, como condição para a contratação, o que, neste caso, poderá caracterizar-se como prática abusiva, a teor do que estabelece o artigo 39, II e X.

A gestão dos dados pessoais dos consumidores, sejam positivos ou negativos, acerca de seu comportamento de consumo, não prescinde do amplo acesso dos mesmos às informações registradas, bem como a possibilidade efetiva, e sem ônus, da sua retificação. Neste sentido, considerando que a manutenção dos bancos de dados de consumo atende precipuamente os interesses dos fornecedores, com vista à diminuição dos riscos de sua atividade negocial, (sobretudo quando relativos ao arquivo de informações negativas), eventual acesso, retificação ou exclusão dos dados do consumidor não pode ser condicionado ao pagamento de quaisquer valores. Do contrário, se estaria diante de uma transferência de custos pela diminuição dos riscos do fornecedor para o consumidor, o que contraria a lógica do CDC, pela qual o fornecedor é quem responde pelos riscos da atividade negocial, o que inclui, por certo, a redução ou prevenção destes mesmos riscos.

Os principais bancos de dados utilizados no Brasil, e que mais diretamente destaque possuem no tocante às relações de consumo são, sem dúvida, os bancos de dados de proteção ao crédito. Principal espécie de banco de dados de informações negativas, organizam-se sob diversos modos, seja mantidos pelas associações de fornecedores (caso do Serviço de Proteção ao Crédito, mantidos pela Confederação Nacional dos Dirigentes Lojistas – CNDL), por empresas que tem como objetivo a organização, armazenamento e disposição dos dados para consulta, mediante remuneração (caso do SERASA), ou mesmo por órgãos públicos – como é o caso do Cadastro de Cheques sem Fundo, mantido pelo Banco Central do Brasil (BCB).³⁴⁹

Ao CDC é indiferente quem seja o responsável pelo banco de dados, uma vez que a questão principal a ser observada é a qualidade e natureza dos dados divulgados (se pertinentes ao consumidor), aplicando-se, portanto, indistintamente, a bancos de dados públicos ou privados.³⁵⁰ Assim também, não importa qual o modo de arquivamento e gestão das informações para caracterizar a existência ou não do banco de dados. Neste sentido, o arquivamento das informações

349. Em relação ao Cadastro dos Cheques sem Fundo, contudo, anote-se que, conforme a jurisprudência, não observará o mesmo regime dos bancos de dados restritivos de crédito mantidos por particulares, considerando o interesse público de proteção do sistema financeiro e da economia popular. Neste sentido, veja-se: REsp 1354590/RS, Rel. Min. Raul Araújo, 2.ª Seção, j. 09.09.2015, Dje 15.09.2015.

350. BESSA. *O consumidor e os limites dos bancos de dados...*, p. 175.

pode se dar tanto por intermédio de meios informáticos – os *bancos de dados automatizados* –, quanto de bancos de dados manuais, sem utilização dos recursos informáticos – os *bancos de dados não automatizados*.

2.3.3.4 Cadastros de consumidores

Os cadastros de consumidores, que como já referimos, são espécies de arquivo de consumo que se caracterizam pela coleta e utilização das informações de consumidores pelo fornecedor, para seu próprio benefício ou de pessoas com ele associados em vista de uma finalidade mercadológica, da conquista de novos consumidores, atendimento personalizado ou específico para os atuais consumidores, a partir da formação de identidade de informação com base nos dados coletados diretamente ou decorrentes de outras bases de informações. A formação, coleta e gestão das informações dos cadastros de consumidores não são feitas de modo aleatório, senão orientadas pela finalidade específica perseguida pelo fornecedor (a formação de uma base de dados de consumidores com determinadas características ou traços comuns).

Os cadastros de consumidores estão em voga, atualmente, no que diz respeito à segmentação das técnicas de marketing por parte de fornecedores, assim como pelo surgimento de empresas especializadas em coleta e formação de perfis de consumidores para atender a esta especialização do *marketing*. Estas novas estratégias de *marketing* têm lugar em vista da otimização dos recursos disponíveis e, sobretudo, pela quantidade cada vez maior de mídias possíveis para a difusão da mensagem publicitária (atualmente, o *boom* da publicidade faz com que as mensagens publicitárias ocupem cada vez mais espaço no cotidiano do consumidor; além dos meios de comunicação tradicionais, paradas de ônibus, painéis e cartões em toaletes e demais lugares de uso coletivo, panfletagem em semáforos, e mensagens via celular, são alguns dos muitos locais que hoje servem a fins publicitários).

A grande questão diz respeito ao limite da utilização destes cadastros. Isto porque, uma vez fornecido pelo consumidor determinados dados pessoais, estes poderão ser acrescidos de inúmeras outras informações, decorrentes de outras bases de dados. E pelo cruzamento das informações de diferentes bases de dados poderá o fornecedor obter um perfil do consumidor, muito além do que este haveria desejado ou previsto, ao fornecer de modo compartimentado as informações a diferentes fornecedores, em ocasiões totalmente distintas uma das outras (é isto que leva muitas vezes ao consumidor receber em seu domicílio, publicidade de produtos ou serviços de fornecedores com quem nunca manteve contato, ou mesmo via telefone, receber ofertas e propostas de operadores de *telemarketing* sem que tenha como perceber o modo pelo qual foi selecionado para aquela campanha promocional).

Tais práticas estariam de acordo com a proteção da privacidade de dados pessoais do consumidor? A princípio, nota-se também neste caso que a autorização do consumidor para uso de seus dados pessoais – realizada em geral, por intermédio de opções de preenchimento automático – não exime desde logo o fornecedor que faz uso destes dados, de responsabilidade. É necessário, em homenagem ao direito do consumidor à informação, esclarecê-lo de modo claro e objetivo sobre a extensão do uso que deverá fazer destes dados. O adequado esclarecimento do consumidor sobre o uso das informações, no momento da coleta das mesmas, parece ser requisito indispensável para que seu uso futuro possa ser considerado regular. Neste sentido, parece incluir-se no conceito de “*esclarecimento adequado*” a necessária informação de que seus dados poderão ser utilizados por terceiros, como se tornou rotina em nosso mercado de consumo. Existindo tais precauções, e não se tratando de informações sensíveis (como raça,

orientação religiosa, política ou filosófica etc.), admite-se a formação destes cadastros e sua utilização. Todavia, é assegurada ao consumidor a possibilidade de, a qualquer tempo, solicitar a cessação de utilização da informação, o que poderá ser requerido tanto do fornecedor que coletou as informações, quanto de todos os que dela se utilizam, por força da responsabilidade solidária que faz referência o artigo 7.º, parágrafo único do CDC, assim como o direito básico do consumidor à prevenção de danos (artigo 6.º, VI).

2.3.3.5 *Inclusão do consumidor no banco de dados: o direito à comunicação*

A inclusão do consumidor em banco de dados não depende de seu consentimento prévio.³⁵¹ Neste sentido, a princípio, seria distinguido dos cadastros de fornecedores, uma vez que, em sua origem, estes dependem para acesso aos dados, que os mesmo sejam repassados pelos próprios titulares da informação (pressupondo sua anuência expressa ou tácita). Hoje, todavia, considerando as técnicas de cruzamento de informações a que referimos acima, não há como se caracterizar na maioria dos casos, que o consumidor tenha consentido com utilização específica que se dê à informação.

O que a norma do artigo 43, § 2.º, do CDC, estabelece é que “a abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”. Ou seja, o CDC estabelece expressamente um dever de comunicação a quem promova a inscrição do consumidor em banco de dados. Este dever é correspondente ao *direito à comunicação do consumidor*, cuja razão de ser é justamente permitir, na prática, a adoção dos procedimentos cabíveis visando evitar ou corrigir o conteúdo da informação inscrita no respectivo banco de dados.³⁵²

Estabelece o CDC, o dever de notificação escrita do consumidor. Não determina expressamente o tempo desta notificação, se necessariamente anterior à inclusão do consumidor. A doutrina e a jurisprudência,³⁵³ todavia, considerando a finalidade da norma, de permitir ao consumidor impedir ou corrigir os termos do registro, consagrou a necessidade de que esta notificação seja *prévia* à inclusão. O STJ, de sua vez, firmou o entendimento de que “cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição” (Súmula 359). Contudo, ainda conforme entendimento pacificado pelo STJ, “é dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros” (Súmula 404). Neste sentido orienta-se parte da jurisprudência, inclusive, em considerar a ausência de prévia notificação como causa suficiente para a determinação de dano moral e sua consequente indenização.³⁵⁴ Com

351. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 421; EFING. *Bancos de dados...*, p. 32. BESSA. *O consumidor e os limites dos bancos de dados...*, p. 37.

352. *Idem*, p. 194.

353. Refere Leonardo Bessa, a decisão do STJ no REsp 165.727, de 16 de junho de 1998, assinalando ser “recomendável” a notificação prévia do consumidor de modo a prevenir futuros danos. BESSA. *Idem*, p. 196.

354. “Processual civil e civil. Recurso especial. Requisitos. Embargos de declaração. Omissão reiterada. Banco de dados. Serasa. Inscrição de devedor. Avalista. Comunicação prévia. Obrigatoriedade. Exceções. Ausência. A não indicação das questões reiteradamente omitidas pelo Tribunal, em embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial, por violação ao artigo 535, II, do CPC. Na sistemática do Código de Defesa do Consumidor é imprescindível a comunicação ao consumidor de sua inscrição no cadastro de proteção de crédito. Independentemente da condição

exceção das situações em que resulte da reprodução fiel de informação registrada em cartório – cujo conhecimento público é característico.³⁵⁵

Entendimento diverso vai sustentar que se tratando de devedor contumaz, a inexistência do prévio aviso não é causa *per se* de dano, uma vez o registro do consumidor como inadimplente. Ressalve-se, contudo, situação em que a inscrição indevida se dá em face de falha do credor ao contratar, admitindo documentos falsos de terceiro como se fossem do consumidor inscrito indevidamente por dívida que não contraiu. Neste caso, o fornecedor que dá causa à inscrição, ao admitir o uso de documentos falsos, responde pelos danos ao consumidor.³⁵⁶

que o devedor ostenta – idôneo ou não, fiador ou avalista –, tem direito de ser informado a respeito da negatificação de seu nome. Para que a comunicação seja garantista e ultime o fim a que se destina, deverá se dar antes do registro de débito em atraso. A ciência da inadimplência pelo consumidor não excepciona o dever da instituição financeira de regularmente levar a informação negativa do registro ao consumidor, pois seu escopo não é notificá-lo da mora, mas propiciar-lhe o direito de acesso, de rerratificação das informações e de preveni-lo de futuros danos. Na ausência dessa comunicação, reparável é o dano moral pela inclusão no Serasa/SPC. Recurso especial provido” (STJ, REsp 402.958/DF, 3.ª T., j. 30.08.2002, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi).

355. Reprodução fiel em banco de dados de órgão de proteção ao crédito de registro atualizado oriundo do cartório de distribuição. Recurso especial representativo da controvérsia. Registros dos cartórios de distribuição. Utilização servil dessas informações fidedignas por órgão de proteção ao crédito. Exercício regular de direito. Hipótese que dispensa a comunicação ao consumidor. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: “Diante da presunção legal de veracidade e publicidade inerente aos registros do cartório de distribuição judicial, a reprodução objetiva, fiel, atualizada e clara desses dados na base de órgão de proteção ao crédito – ainda que sem a ciência do consumidor – não tem o condão de ensejar obrigação de reparação de danos”. 2. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1344352/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2.ª Seção, j. 12.11.2014, Dje 16.12.2014). E no mesmo sentido, relativo ao cartório de protesto: “Reprodução fiel em banco de dados de órgão de proteção ao crédito de registro atualizado oriundo do cartório de protesto. Recurso especial representativo da controvérsia. Registros dos cartórios extrajudiciais de protesto. Utilização servil dessas informações fidedignas por órgão de proteção ao crédito. Exercício regular de direito. Hipótese que dispensa a comunicação ao consumidor. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: “Diante da presunção legal de veracidade e publicidade inerente aos registros do cartório de protesto, a reprodução objetiva, fiel, atualizada e clara desses dados na base de órgão de proteção ao crédito – ainda que sem a ciência do consumidor – não tem o condão de ensejar obrigação de reparação de danos. 2. Recurso especial provido”. (STJ, REsp 1444469/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2.ª Seção, j. 12.11.2014, Dje 16.12.2014).
356. “Direito civil. Recurso especial. Ação de compensação por danos morais em decorrência da inscrição do nome de devedor em cadastro de inadimplência. Utilização dos documentos por terceiro, mediante fraude. Ação proposta contra a empresa mantenedora dos cadastros, e não contra a empresa que levou a efeito a positividade do débito. Improcedência. Há recente julgamento, de minha relatoria, no qual esta 3.ª Turma considerou que ‘a circunstância de a conta bancária ser aberta por terceiro, com a utilização de documentos furtados ou roubados, não elide a responsabilidade da instituição financeira’, de modo que, nestas hipóteses, ‘a inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito é suficiente para a configuração dos danos morais’. No precedente referido, a ação de indenização foi proposta contra a instituição financeira que efetivou a positividade do nome do devedor. O fundamento de sua responsabilização é o fato de que ela, ao receber os documentos falsos, deveria ter atuado com mais cautela, de modo a não causar prejuízos ao consumidor inocente. Na hipótese em que a ação é proposta contra a empresa mantenedora de cadastros de inadimplência, e não em face do credor direto, a solução não pode ser a mesma. A 2.ª Seção, ao julgar o Recurso Especial em matéria repetitiva n. 1.083.291/RS, estabeleceu que ‘para adimplemento, pelos cadastros de inadimplência, da obrigação consubstanciada no artigo 43, §2.º, do CDC, basta que comprovem

O artigo 43, § 1.º, do CDC estabelece os deveres do fornecedor com relação ao conteúdo da informação arquivada, estabelecendo que estes dados “devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão”. A clareza, objetividade e veracidade dos dados são passíveis de registro, importa observar que não se admitem, *a priori*, registros acerca de juízos de valor sobre o consumidor por parte do fornecedor, senão exclusivamente de informações objetivamente consideradas, cuja avaliação subjetiva apenas deverá ser feita pelo fornecedor que eventualmente consultar os dados para avaliação do seu risco na concessão de crédito ao titular das informações arquivadas.³⁵⁷ Da mesma forma, a correção e clareza das informações decorrem do dever geral de cuidado que deve, com fundamento na boa-fé objetiva, presidir a relação entre o consumidor, o fornecedor e o gestor do banco de dados.

2.3.3.6 Direitos do consumidor frente à sua inclusão no banco de dados

Ocorrendo a inclusão do consumidor em banco de dados, o CDC estabelece uma série de direitos específicos, passíveis de proteção por via administrativa e, sobretudo, judicial. Neste caso, a tutela pretendida pelo consumidor tanto terá caráter *inibitório* (quando tiver por objeto impedir o registro indevido), *mandamental* (determinando a retificação ou exclusão do registro indevido), ou ainda *ressarcitório* (quando abranger o direito à indenização pelos danos causados ao consumidor em face do registro indevido).

Os direitos expressamente previstos pelo CDC são o direito de acesso às informações arquivadas (artigo 43, *caput*), de que as informações estejam corretas (artigo 43, § 1.º), de retificação dos dados incorretos (artigo 43, § 3.º), e o direito de exclusão do banco de dados, quando não houver justa causa para sua inclusão, como, por exemplo, é o caso de existência do débito apontado.

2.3.3.6.1 Direito de acesso à informação

O direito de acesso à informação possui assento constitucional (artigos 5.º, XIV e LXXII). Neste sentido, o CDC, com relação aos bancos de dados de consumidores, estendeu às relações de consumo a garantia constitucional expressa de acesso por qualquer cidadão, das informações pessoais ou de caráter público, referentes a si, em quaisquer bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público. A norma do artigo 43, § 4.º, do CDC, ao equiparar os bancos de dados de consumidores e, com finalidade explicativa,³⁵⁸ os serviços de proteção de crédito (espécies de

a postagem, ao consumidor, da correspondência notificando-o quanto à criação de seu nome e que tal postagem deverá ser dirigida ao endereço fornecido pelo credor, em caso de hipóteses de fraude, deve ser dirigida apenas contra o credor direto, não sendo a empresa mantenedora dos cadastros. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 987.483/RJ, 3.ª T., j. 17.12.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 02.02.2010).

357. BESSA. *O consumidor e os limites dos bancos de dados...*, p. 186.

358. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito e pareceres de direito privado. São Paulo: RT, 2004. p. 296.

359. Antonio Herman Benjamin confessa, neste ponto, um desvio da técnica legislativa, ao referir no mesmo dispositivo legal (artigo 43, § 4.º), gênero e espécie, ao mencionar bancos de dados e serviços de proteção ao crédito. Tal desvio, assinala, deu-se “no afã de ser o mais possível, mesmo com prejuízo da perfeição redacional”. BENJAMIN. *Curso de direito do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 422.

bancos de dados), a entidades de caráter público, enseja a utilização do remédio constitucional do *habeas data* para acesso às informações nele constantes pelo consumidor, por força do disposto no artigo 5.º, LXXII, *a*, da Constituição da República. Neste sentido, mesmo com o veto presidencial ao artigo 86 do CDC, que expressamente previa a possibilidade de utilização do *habeas data*, a manutenção da qualidade dos arquivos de consumo como “*de caráter público*”, pelo artigo 43, § 4.º, permite sua adoção para exercício do direito de acesso às informações arquivadas,³⁶⁰ em face do que dispõe o texto constitucional, e mesmo o parágrafo único do artigo 1.º da Lei 9.507, de 12 de novembro de 1997, que o regulou sob o aspecto processual, e consagrou a seguinte definição: “Considera-se de caráter público todo registro ou banco de dados contendo informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações”.

Neste sentido, evidencia Leonardo Bessa a vinculação entre o direito de acesso às informações de bancos de dados e a possibilidade efetiva de controle destas informações. Em outros termos, só são passíveis de controle aquelas informações que podem ser acessadas pelo titular, para assim examinar sua correção e pertinência. No direito comparado, inclusive, em homenagem a esta possibilidade real de acesso e controle de informações – a que se vem caracterizando como um direito à *autodeterminação informativa*³⁶¹ –, é assegurado não apenas o direito ao conteúdo dos registros, como também à identidade das pessoas que a eles tiveram acesso.³⁶² Este direito de acesso, da mesma forma, estabelece que o mesmo se dê sem a exigência do pagamento de quaisquer taxas ou valores.³⁶³ É o que se retira da lógica de proteção do consumidor, e ademais, do que dispõe a Lei 9.507/97, que ao regular o procedimento para interposição do *habeas data*, estabeleceu em seu artigo 21 que “são gratuitos o procedimento administrativo para acesso a informações e retificação de dados e para anotação de justificação, bem como a ação de *habeas data*”. Daí porque se conclua pelo direito do consumidor ao amplo acesso às informações referentes a si, arquivadas em banco de dados. Neste sentido, qualquer espécie de embaraço ou obstáculo ao exercício deste direito equipara-se a uma atuação ilícita do responsável pelo seu gerenciamento.

2.3.3.6.2 Direito à correção da informação

O direito à correção da informação consiste no direito do consumidor a que as informações arquivadas sobre ele no banco de dados correspondam à verdade. Neste sentido, é estabelecido,

360. No mesmo sentido: GAMBONI CARVALHO. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional..., p. 103; EFING. Bancos de dados e cadastros..., p. 126.

361. A respeito, veja-se: GAMBONI CARVALHO. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional..., p. 77-79; BESSA. O consumidor e os limites dos bancos de dados..., p. 189.

362. Assim o § 609, item 3, do *Fair Credit Reporting Act*, que estabelece o direito do titular das informações de conhecer a identidade das pessoas que acessaram os registros pelo período de até um ano: “(3) (A) Identification of each person (including each end-user identified under section 607(e)(1) [§ 1681e]) that procured a consumer report (i) for employment purposes, during the 2-year period preceding the date on which the request is made; or (ii) for any other purpose, during the 1-year period preceding the date on which the request is made; (B) An identification of a person under subparagraph (A) shall include (i) the name of the person or, if applicable, the trade name (written in full) under which such person conducts business; and (ii) upon request of the consumer, the address and telephone number of the person.”

363. Em sentido contrário: COELHO, Fábio Ulhôa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 158.

como já mencionamos, um dever de clareza, veracidade e objetividade das informações, bem como que as mesmas sejam de fácil compreensão (artigo 43, § 1.º). Tais requisitos impõem que a informação arquivada o seja em tal grau de precisão, que não admita sua vinculação a uma determinada interpretação subjetiva dos dados ali referidos. Da mesma maneira, o modo de estruturação das informações não deve induzir quem as consulta a qualquer espécie de conclusão além das que objetivamente se demonstram.

Por outro lado, deve-se atentar, no que se refere ao conteúdo das informações constantes em bancos de dados, do que estabelece o artigo 39, VII, do CDC, ao proibir o fornecedor, na medida em que qualifica como prática abusiva, “repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”. O objetivo neste caso, é a proibição da formação e divulgação das chamadas “listas negras” de consumidores que, no exercício regular dos seus direitos assegurados em lei, postulam via administrativa ou judicial contra certos fornecedores. Ainda que proibido por lei, tem-se notícia que esta prática é adotada em alguns setores do mercado de consumo, gerando muitas vezes a recusa imotivada de contratação com o consumidor que conste em alguma destas “listas”. Todavia, no que diz respeito aos bancos de dados, ressalte-se que qualquer informação desta natureza, quando permitida, não vai admitir em nenhuma hipótese sua divulgação a título depreciativo, ainda que em muitos casos a mera referência à informação seja suficiente para, ao exame do fornecedor que as consulta, gerar juízo negativo em relação ao consumidor sobre quem ela se refere.

Da mesma forma, o registro e divulgação da informação incorreta que venha a causar danos ao consumidor a que se refira, sujeita quem lhe tiver dado causa à responsabilidade civil pelos danos causados. Trata-se de típica hipótese de responsabilidade por fato do serviço, estabelecida pelo artigo 14 do CDC, uma vez que afeta a segurança e integridade pessoal e patrimonial do consumidor. A regra, no CDC, é da responsabilidade solidária (artigo 7.º, parágrafo único).³⁶⁴ Neste sentido, não assiste razão, a princípio, para o gestor do banco de dados que visa imputar a responsabilidade ao fornecedor que presta a informação. Nem ao contrário, do fornecedor que busca excluir-se da demanda indicando a responsabilidade do gestor do banco de dados. A jurisprudência brasileira, entretanto, em sua maioria, vem imputando a responsabilidade por danos ao consumidor, nesta situação, conforme seja a titularidade do dever violado e o momento da violação deste dever, imputando ora ao fornecedor³⁶⁵ que encaminha o registro da informação no banco de dados, ora ao gestor do banco de dados.³⁶⁶ A nosso ver, contudo, a responsabilidade dos bancos de dados por informações incorretas decorre tipicamente do fisco negocial próprio de quem se dedica a esta atividade. Não há como se eximir desta responsabili-

364. BESSA. *O consumidor e os limites dos bancos de dados...*, p. 200. BENJAMIN. *O código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 473-474. EFING. *Bancos de dados e cadastros de consumidores...*, p. 212-213.

365. “Dano moral e consignação em pagamento. A recusa no recebimento está no proceder da apelante, que enviou documento dando a apelada como inadimplente, quando não o era, recusando-se então a receber prestações supostamente em atraso. O dano moral decorre de cobrança indevida de dívida já paga. Por outro lado, tratando-se de dano moral, sua prova se faz com a simples inclusão em banco de dados de inadimplentes (SPC) por 144 dias após a quitação da dívida. Mais, por desorganização contábil, voltou o nome da apelada a figurar em lista de inadimplentes. Valor bem mensurado” (TJRS, ApCiv 599.467.347, j. 28.03.2000, rel. Des. Luis Augusto Coelho Braga).

366. “SERASA. Inscrição de nome de devedora. Falta de comunicação. A pessoa natural ou jurídica que tem o seu nome inscrito em cadastro de devedores tem o direito de ser informada do fato. A falta dessa comunicação poderá acarretar a responsabilidade da entidade que administra o banco de dados” (STJ, REsp 285.401/SP, j. 19.04.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

dade, sobretudo quando é o gestor do banco de dados quem estabelece e controla o modo de inclusão, gerenciamento e uso das informações que o compõe, reconhecendo-se, entretanto, a possibilidade de recurso à ação de regresso contra o fornecedor, na hipótese de haver culpa de sua parte.

2.3.3.6.3 Direito à retificação da informação

O direito à retificação da informação é assegurado pelo artigo 43, § 3.º, do CDC, nos seguintes termos: "O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas." Pelas mesmas razões já mencionadas quando examinamos o direito de acesso às informações, também o direito de retificação das mesmas, quando caracterizada a incorreção dos dados arquivados, não pode sofrer nenhum embaraço, o que equivale dizer que também aqui não poderá ser condicionada a retificação, ao pagamento de taxas ou valores a qualquer título.

Cabe examinar como se dá na prática o exercício do direito de retificação. Em primeiro lugar, cumpre referir que o requerimento do consumidor, buscando a retificação, dirige-se ao gestor do banco de dados. E a este incumbe reconhecer ou não a existência de causa para a retificação, hipótese em que, sendo negada, poderá o consumidor reclamar judicialmente tal providência. No caso, há discussão sobre a possibilidade ou não de manutenção do registro no período em que se verifica a procedência ou não da retificação pretendida. Sustenta a doutrina especializada que, existindo a contestação pelo consumidor acerca das informações arquivadas, esta basta para suspender a sua divulgação, ainda que a retificação fique dependente do juízo de procedência das alegações pelo gestor do banco de dados.³⁶⁷ Naturalmente, ainda que se trate de um exame primário de razoabilidade não pode ser negado ao gestor do banco de dados o exame dos argumentos trazidos pelo consumidor, uma vez que não serão admissíveis, *a priori*, alegações desprovidas de sentido, ou irrelevantes.³⁶⁸ Entretanto, mantém-se o ônus da prova sobre a existência da causa para registro com o fornecedor, a quem incumbe o dever de comprovar, se instado para tal, a existência do fato cuja informação foi levada ao registro.

2.3.3.6.4 Direito à exclusão da informação

O direito do consumidor à exclusão do registro do banco de dados se dá em duas situações: a) quando não haja causa para o mesmo (no caso dos cadastros de consumidores, em face da ausência de sua autorização); e b) quando tenha expirado o prazo legal admissível para a manutenção do registro e sua divulgação. Em qualquer caso, poderá o consumidor mediante requerimento ao gestor do banco de dados, ou tendo sido este negado, mediante ação judicial correspondente, exigir a imediata exclusão dos registros indevidos do banco de dados em questão. Da mesma forma, evidentemente, assiste direito ao consumidor de exclusão da informação do banco de dados quando tenha desaparecido a causa de sua inclusão, como é exemplo o pagamento da dívida que deu causa à inscrição no cadastro restritivo do crédito, e cuja res-

367. BENJAMIN. *O Código brasileiro de defesa do consumidor*..., 8. ed., p. 466; BESSA. *O consumidor e os limites dos bancos de dados*..., p. 205.

368. BESSA. *O consumidor e os limites dos bancos de dados*..., p. 206.

ponsabilidade é do fornecedor.³⁶⁹ O dever de promoção da exclusão, neste caso, é do fornecedor que promoveu a inscrição. É o que, aliás, resulta do entendimento do STJ no tema, conforme a Súmula 548, que refere: “Incumbe ao credor a exclusão do registro da dívida em nome do devedor no cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, a partir do integral e efetivo pagamento do débito”. No caso de inscrição indevida, ou seja, em situações nas quais não havia causa original para inscrição do consumidor no cadastro, responde o fornecedor pelos danos causados. Contudo, anote-se a limitação jurisprudencial a este entendimento, quando existam inscrições regulares preexistentes. A Súmula 385, do STJ, estabeleceu interpretação restritiva à reparabilidade do dano moral causado ao consumidor em razão de inscrição indevida, referindo que “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.”³⁷⁰

Cumprir mencionar que este direito à exclusão importa rigorosamente que não mais constem para acesso e consulta os dados relativos ao registro impugnado, ou cujo prazo tenha expirado. Não se admite mesmo sua veiculação acompanhada de ressalva sobre a exclusão ou expiração de prazo. *Exclusão*, neste sentido, importa *eliminação da informação*, o que em sentido amplo significa sua retirada do sistema, e em sentido estrito sua manutenção, mas com *restrição absoluta de acesso* para consulta pelos interessados. Sobre o aspecto temporal, note-se que o artigo 43, § 1.º, refere que os cadastros e dados de consumidores não poderão conter informações negativas superiores a cinco anos. O § 5.º do mesmo artigo, de sua vez, refere que consumada a prescrição relativa à cobrança do débito, não mais serão *fornecidas* informações. Neste caso, dois os entendimentos possíveis. Primeiro aquele que sustente que, no período superior ao da prescrição da dívida (§ 5.º), mas inferior aos cinco anos (§ 1.º), poderia manter-se a informação, mas não divulgá-la. Segundo entendimento, mais benéfico, e a propósito da efetividade dos direitos do consumidor, é o de que tanto em um prazo, como no outro, superado o limite da prescrição do débito, ou o prazo máximo de cinco anos – o que ocorrer primeiro –, não poderá o banco de dados manter arquivada qualquer informação negativa do consumidor, ou que dificultem novo acesso ao crédito.

Neste sentido, mesmo informações a princípio sem conteúdo explicitamente negativo ao consumidor, como seu nome, endereço e número de documentos, poderiam ser mantidos, uma vez que sua simples presença indicaria que, no passado, manteve-se naquele banco de dados

369. “Responsabilidade civil. Dano moral. Permanência indevida de registro em cadastro de proteção ao crédito. Cancelamento a cargo do banco. Condenação em salários mínimos. – Cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que uma vez recebido o pagamento da dívida, devem providenciar, em breve espaço de tempo, o cancelamento do registro negativo do devedor, sob pena de gerarem, por omissão, lesão moral passível de indenização” (REsp 299.456/SE). – Inadmissível é a fixação da indenização em determinado número de salários mínimos. Recurso especial conhecido, em parte, e provido” (STJ, REsp 588.291/RS, 4.ª T., j. 03.11.2005, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 19.12.2005, p. 417). No mesmo sentido: “Agravo regimental no agravo de instrumento. Responsabilidade civil. Dano moral. Inscrição no SERASA. Cumprimento da obrigação. Manutenção do nome no cadastro de inadimplentes. Ônus do banco (credor) em cancelar o registro. Agravo regimental improvido. A inércia do credor em promover a atualização dos dados cadastrais, apontando o pagamento, e consequentemente, o cancelamento do registro indevido, gera o dever de indenizar, independentemente da prova do abalo sofrido pelo autor, sob forma de dano presumido. Agravo Regimental improvido” (STJ, AgRg no Ag 1094459/SP, 3.ª T., j. 19.05.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, Dje 01.06.2009).

370. Súmula 385, 2.ª Seção, j. 27.05.2009, Dje 08.06.2009.

informações negativas em relação ao consumidor,³⁷¹ o que Antônio Benjamin vai referir como espécie de *informação negativa implícita*.³⁷²

A razão de ser deste entendimento, como bem sustenta Leonardo Bessa, é de que “manter o dado, sem poder transferi-lo, é o mesmo que não possuir a informação. Assim, por questão de segurança, é melhor que toda a informação que extrapole seu limite temporal, seja em decorrência do § 1.º, ou do § 5.º, seja definitivamente excluída dos arquivos dos bancos de dados”.³⁷³ Em qualquer caso, o aspecto mais sensível neste ponto é o modo como vai se dar a identificação e a contagem destes prazos.

2.3.3.7 Prazos de manutenção e divulgação das informações em banco de dados

A existência de prazos para realização do registro é imposição da própria natureza dos bancos de dados, que não podem restringir de modo permanente e contínuo a atuação econômica do consumidor no mercado de consumo.³⁷⁴ Como mencionamos, são dois os prazos a que faz referência o CDC, para a manutenção do registro nos bancos de dados. Primeiro, o artigo 43, § 1.º, estabelece um prazo geral de cinco anos para manutenção de qualquer informação negativa do consumidor. Segundo, o artigo 43, § 5.º, estabelece o prazo da prescrição do débito como extintivo do direito de utilização dos dados relativos ao mesmo, pelos bancos de dados e para consulta de terceiros.

No caso do prazo de cinco anos, refere a norma em comentário que os cadastros e bancos de dados de consumidores não poderão “conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”. Isto implica perguntar qual o termo inicial de contagem deste prazo. Em tese, a questão teria como alternativas a contagem desde a data em que se deu a inadimplência do consumidor (a causa da informação negativa, que se dá a partir do vencimento da obrigação) ou a data de inclusão no registro. Note-se, entretanto, que o prazo de cinco anos deve dizer respeito à causa que justifica e fundamenta eventual inclusão do consumidor no banco de dados. Neste sentido, a causa da inclusão é a ocorrência do evento a que a informação faz referência, que no caso é a inadimplência do consumidor. Até porque, ao se entender que o prazo devesse contar desde a data do registro, se estaria deixando ao arbítrio do fornecedor a possibilidade de controlar o período da contagem, inclusive com a postergação *ad aeternum* da inclusão como espécie de ameaça ao consumidor. Esta manipulação do prazo, de sua vez, é flagrantemente contrária à lógica de limitação temporal da restrição ao crédito determinada pelo CDC, ao reconhecer a possibilidade de inclusão em banco de dados, assim como viria em contrário aos próprios princípios que limitam no âmbito de todo o direito, o tempo para o exercício do direito, em homenagem à segurança jurídica, fundada na máxima do direito romano *dormientibus ius non succurrit* (“o direito não socorre aos que dormem”). Assim, há de se considerar como termo inicial do prazo de cinco anos estabelecido no artigo 43, § 1.º, do CDC, o dia seguinte ao vencimento da dívida, tempo em que ela se torna exigível e, ocorrendo a violação do direito de crédito do fornecedor, nasce para ele a pretensão de cobrança (artigo 189 do CC).

371. EFING. *Bancos de dados e cadastros de consumidores...*, p. 136.

372. BENJAMIN. *O código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 448-449.

373. BESSA. *O consumidor e os limites dos bancos de dados...*, p. 209.

374. ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 130.

Por outro lado, no que se refere ao prazo da prescrição (artigo 43, § 5.º), e sua relação com o prazo máximo de cinco anos a que alude o artigo 43, § 1.º do CDC, se estabelece o que Antonio Herman Benjamin refere como *modelo de temporalidade dual*,³⁷⁵ pelo qual o prazo da prescrição só é considerado para efeito de abreviar o prazo de manutenção do registro. Ou seja, que o prazo da prescrição será considerado para efeito de excluir o registro quando for menor do que os cinco anos estabelecidos, em qualquer situação, como prazo máximo de arquivamento das informações negativas do consumidor. É o entendimento com o qual concordamos. Contudo, o STJ vai no sentido diverso, conforme a Súmula 323, que refere: “A inscrição do nome do devedor pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito até o prazo máximo de cinco anos, independentemente da prescrição da execução.” Funda-se na ideia de que, “enquanto for possível ao credor utilizar-se das vias judiciais para obter a satisfação do crédito, respeitado o prazo máximo de cinco anos, é admissível a permanência ou a inscrição da informação nos cadastros de consumidores”.³⁷⁶

2.3.3.8 Bancos de dados de informações positivas (cadastro positivo)

O artigo 43 do CDC, não distingue, a princípio, a natureza da informação que pode ser arquivada em bancos de dados e cadastros de consumidores. Neste sentido, poderiam ser arquivadas tanto informações ditas negativas - como é o caso das informações de inadimplemento que dão causa a restrições de crédito - quanto positivas, assim entendidas aquelas que não conferissem ou implicassem demérito ou prejuízo ao consumidor. Ocorre que, independentemente disso, foi editada a Lei 12.414, de 9 de junho de 2011, para disciplinar “a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito”. Conhecida como lei do “cadastro positivo”, observa-se que segundo a distinção estabelecida pela doutrina brasileira, correto seria referir-se ao processo de coleta, armazenamento e divulgação de informações de crédito que disciplina a banco de dados com informações positivas. Isso porque, como já mencionamos, os bancos de dados se caracterizam pela possibilidade de utilização da informação e divulgação a terceiros, enquanto o cadastro, como regra, destina-se à organização por um fornecedor, de informações relativas a seus clientes.

Não se trata de banco de dados para arquivamento de informações apenas de consumidores, mas dos agentes econômicos em geral. Aqui, todavia, interessa examinar sua disciplina, relacionando-a com o direito dos consumidores, uma vez que a eles aplica-se o CDC (artigos 1.º da Lei 12.414/2011).³⁷⁷

É o banco de dados de que trata a Lei 12.414/2011, de um novo modelo de coleta, organização e divulgação de informações de consumo, que passa a conviver com aquele fundado no artigo 43, do CDC. Trata-se de reivindicação antiga de bancos e demais instituições do sistema financeiro,³⁷⁸ sob o argumento de que a ausência de uma base de dados com informações sobre

375. BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, p. 44.

376. STJ, AgRg no REsp 679.845/RS, 3.ª T., j. 05.04.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 15.04.2011.

377. MORATO, Antonio Carlos. O cadastro positivo de consumidores e seu impacto nas relações de consumo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 53, p. 13 et seq. São Paulo: RT, jul./2011.

378. Para o histórico legislativo, vejam-se os primeiros comentários sobre a nova lei: BESSA, Leonardo. *Cadastro positivo*. Comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: RT, 2011. p. 38-46.

o comportamento de adimplemento do consumidor, a decisão do fornecedor de crédito, como regra, baseava-se exclusivamente em informações negativas, o que impediria uma ponderação sobre a totalidade do comportamento do consumidor de crédito e, com isso, geralmente levava o fornecedor de crédito a negar sua concessão.³⁷⁹ E da mesma forma, ainda quando ocorresse a concessão do crédito, a impossibilidade de distinguir entre consumidores que cumprem regularmente com o pagamento de dívidas e inadimplentes contumazes, de modo que a composição da taxa de juros para ambos exigia que fosse considerado um mesmo risco de inadimplência, em prejuízo daqueles que se mantêm regularmente adimplentes. Esta situação seria contrária a um critério de racionalidade econômica.³⁸⁰ Da mesma forma, um argumento 'sistêmico' em favor do uso destas informações seria o atendimento às exigências de maior rigor na concessão do crédito para todo o sistema bancário, como diretriz decorrente de uniformização de critérios regulatórios do sistema financeiro em nível internacional.³⁸¹ Da mesma forma, chegou-se a afirmar que o acesso à informação dos consumidores constituiria espécie de direito difuso dos concedentes de crédito,³⁸² o que parece um exagero.

Independentemente destes argumentos, diga-se que sua criação foi recebida com restrições por grande parte dos órgãos de defesa do consumidor, especialmente em razão dos riscos de discriminação entre consumidores, da possibilidade de violação de sua privacidade, assim como da falta de determinação quanto à efetiva redução dos juros praticados em relação aos consumidores que sejam considerados com bom comportamento de crédito.³⁸³ Observe-se, contudo, que a lei em vigor decorre da conversão de Medida Provisória 518/2010, que por sua vez teve lugar em razão do veto presidencial a projeto de lei aprovado no Congresso Nacional em 2010, sobre o mesmo tema.

A regulamentação dos bancos de dados de informação de adimplemento e histórico de crédito pela Lei 12.414/2011 implica no reconhecimento da licitude da organização e uso das informações com este propósito, porém não supera os óbices identificados pela jurisprudência em relação aos bancos de dados sobre os quais tratavam os respectivos casos. Isso porque, conforme se percebe da nova legislação, houve preocupação do legislador em explicitar os direitos do titular das informações arquivadas de modo a assegurar-lhe, especialmente, o acesso e a correção dos dados arquivados.

2.3.3.8.1 Requisitos para inclusão das informações positivas

Uma primeira distinção importante entre o banco de dados de informações positivas e banco de dados de informações negativas (que mantém-se regulado pelo artigo 43 do CDC), é

379. COVAS, Silvano. O cadastro positivo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 52, p. 29. São Paulo: RT, abril/2011.
380. BADIN, Arthur; SANTOS, Bruno Carazza dos; DAMASO, Otávio Ribeiro. *Os bancos de dados de proteção ao crédito, o CDC e o PL 5.870/2005: comentários sobre direito e economia*. Revista de direito do consumidor, v. 61, p. 11 et seq. São Paulo: RT, janeiro/2007.
381. Neste sentido veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. Mercado, fidúcia e banca uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 77, p. 185 et seq. São Paulo: RT, janeiro/2011.
382. COVAS, Silvano. O cadastro positivo e a proteção dos dados pessoais do consumidor. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 45, p. 31 et seq. São Paulo: RT, jul/2009.
383. ROLLO, Artur Luis de Mendonça. *Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 146-147.

o modo de abertura de ficha com as informações do consumidor. No caso do regime do CDC admite-se a abertura após prévia notificação ao consumidor. Dando-lhe, portanto, *conhecimento*, mas não submetendo a abertura da ficha ao seu *consentimento*. Faz sentido, considerando que, como regra, não se pressupõe que o consumidor vá consentir com o arquivamento de informações negativas a seu respeito.

No caso dos bancos de dados de informações positivas, o artigo 4.º, da Lei 12.414/2011 exigirá autorização prévia do consumidor nos seguintes termos: “Artigo 4.º A abertura de cadastro requer autorização prévia do potencial cadastrado mediante consentimento informado por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada.” Portanto, fixa não apenas a exigência de autorização prévia, mas o procedimento para sua obtenção. Assim, só terá validade a autorização dada em instrumento específico – significa dizer, em documento separado do contrato de concessão de crédito ou qualquer outro que venha a ser celebrado – ou em cláusula apartada. Neste caso, parece que a interpretação correta indica cláusula que pode até constar de um mesmo documento, porém separada graficamente, destacada especialmente das demais cláusulas do negócio celebrado, em página exclusiva, ainda que do mesmo instrumento contratual.

Observe-se, contudo, que a autorização prévia é cabível apenas para a abertura do cadastro, mas não para futura anotação de informações que venham a ser coletadas pelo gestor do banco de dados. A exceção expressa no § 1.º, do artigo 4.º, tem o sentido prático de permitir a coleta de informações de modo que o domínio do processo mantenha-se com o gestor do banco de dados, sendo inviável exigir-se a cada informação coletada a anuência do consumidor com seu arquivamento.

Dois aspectos, contudo, devem ser ainda assinalados. Primeiro, que a autorização prévia se fará mediante consentimento informado, nos termos estabelecidos no artigo 4.º. Isso significa que quem oferece ao consumidor a inclusão no banco de dados assume o dever de informá-lo amplamente sobre o conteúdo das informações que serão pesquisadas, coletadas e arquivadas; da mesma forma deve esclarecer sobre o uso que será feito destas informações, assim como prazo em que elas poderão manter-se arquivadas e o período a que fazem referência. Note-se que, normalmente, quem colherá a autorização prévia para adesão ao banco de dados não será o gestor do banco de dados, mas o próprio fornecedor de crédito que fará uso inicial das informações coletadas, e que na sistemática da Lei 12.414/2011 é qualificado como fonte (artigo 2.º, IV). É dele o dever de manter consigo o instrumento da autorização (artigo 8.º, I). Todavia as informações serão arquivadas pelo gestor do banco de dados e utilizadas por ele, inclusive, em outros negócios que venham a ser feitos pelo mesmo consumidor. A ausência do consentimento informado do consumidor torna inválida a autorização; e ilícita qualquer coleta, arquivamento ou divulgação futura de informações que tenha sido realizada com fundamento naquela autorização.

Um segundo aspecto é o que se refere ao disposto no artigo 4.º, § 2.º. Refere o mesmo que “atendido o disposto no *caput*, as fontes ficam autorizadas, nas condições estabelecidas nesta Lei, a fornecer aos bancos de dados as informações necessárias à formação do histórico das pessoas cadastradas.” Há, portanto, uma eficácia a terceiros da autorização do consumidor feita ao gestor do banco de dados, diretamente ou por intermédio do fornecedor do crédito. Outras fontes, assim, estarão autorizadas a divulgar as informações que possuam ao gestor do banco de dados para a formação do comportamento de crédito do consumidor. São fontes, no sentido previsto na lei, contudo, apenas a “pessoa natural ou jurídica que conceda crédito ou realize venda a prazo ou outras transações comerciais e empresariais que lhe impliquem risco financeiro”. Ou seja, apenas a estas se estende a autorização realizada ao consumidor.

2.3.3.8.2 Conteúdo das informações positivas arquivadas

É de grande relevância delimitar o conteúdo das informações que podem ser arquivadas. A Lei 12.414/2011 estabelece uma série de critérios para controle destas informações, pois trata do *adimplemento* e do *histórico de crédito*. Em primeiro lugar note-se que o conceito de histórico de crédito estabelecido no artigo 2.º, VII, da lei, compreende o “conjunto de dados financeiros e de pagamentos relativos às operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento por pessoa natural ou jurídica.” Significa dizer, são informações passíveis de arquivamento: a) todas as obrigações adimplidas pelo consumidor, independentemente se pagas no tempo ou mediante purga da mora; e b) as obrigações não vencidas.

Todavia, observe-se que o conceito de histórico de crédito abrange a expressão “conjunto de dados financeiros”, o que a princípio admite conceitualmente observar também a totalidade das obrigações, inclusive as inadimplidas. Embora coerente com a necessidade de observar o comportamento de crédito do consumidor, refuta a ideia comum de que se trata de banco de dados apenas de informações “positivas”. A princípio, o comportamento de crédito do consumidor poderá compor-se de dívidas não pagas, mesmo que discutidas judicialmente e, neste caso, a noção de conjunto de dados financeiros pode induzir a que também se incluam dentre as informações passíveis de arquivamento. Contudo, em relação a dívidas submetidas a ações judiciais quanto a sua existência (*an debeatur*) ou valor (*quantum debeatur*), não são passíveis de arquivamento – a semelhança dos bancos de dados de que trata o artigo 43 do CDC – uma vez que importam na realização da prática abusiva de que trata o artigo 39, VII, do CDC: “repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”. Neste particular, afirme-se que em relação às informações abrangidas pela proibição do artigo 39, VII, não serve a autorização do consumidor para permitir seu uso, considerando a indisponibilidade do direito protegido pela expressa vedação legal.

O artigo 3.º, § 1.º, da Lei 12.414/2011, estabelece que “para a formação do banco de dados, somente poderão ser armazenadas informações objetivas, claras, verdadeiras e de fácil compreensão, que sejam necessárias para avaliar a situação econômica do cadastrado”. O § 2.º do mesmo artigo, de sua vez, define tais informações indicando como “I – objetivas: aquelas descritivas dos fatos e que não envolvam juízo de valor; II – claras: aquelas que possibilitem o imediato entendimento do cadastrado independentemente de remissão a anexos, fórmulas, siglas, símbolos, termos técnicos ou nomenclatura específica; III – verdadeiras: aquelas exatas, completas e sujeitas à comprovação nos termos desta Lei; e IV – de fácil compreensão: aquelas em sentido comum que assegurem ao cadastrado o pleno conhecimento do conteúdo, do sentido e do alcance dos dados sobre ele anotados.”

Merece destaque dentre as qualidades exigidas das informações indicadas aquelas mencionadas como claras e de fácil compreensão, notadamente quanto ao sentido e alcance dos dados anotados, o que especialmente em relação a bancos de dados que tenham por finalidade oferecer pontuação ao consumidor para fins de avaliação da sua capacidade de pagamento, o modo como definida a pontuação deve ser acessível, clara e imediatamente compreensível pelo titular das informações.

Por fim, mencione-se que são vedadas pelo artigo 3.º, § 3.º, da Lei 12.414/2011, o arquivamento de *informações excessivas*, assim entendidas aquelas que não estiverem diretamente relacionadas ao risco de crédito ao consumidor. Assim como de *informações sensíveis*, ou seja, relacionadas com a origem social e étnica, saúde, informação genética, orientação sexual, bem como com as convicções políticas, religiosas e filosóficas do consumidor

2.3.3.8.3 Direitos do consumidor em relação às informações arquivadas

São direitos do consumidor titular de informações arquivadas, exigíveis em relação ao gestor do banco de dados: a) direito à informação e esclarecimento; b) direito ao acesso; c) direito de retificação; d) direito à vinculação do uso das informações; e) direito de cancelamento do arquivo.

O *direito à informação e esclarecimento* do consumidor abrange tanto a fase anterior à autorização de abertura do arquivo como o período em que as informações a seu respeito mantiverem-se arquivadas. Neste sentido compreende tanto o direito do consumidor de ser informado sobre quem é o gestor do banco de dados, quais os dados a serem coletados e a finalidade da coleta, quanto o modo como vai se dar sua utilização, bem como se vai haver ou não compartilhamento das informações e quem terá acesso a elas.

Assim, o artigo 5.º, V, da Lei 12.414/2011, estabelece o direito de “ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento”. É estabelecido igualmente, todavia, o direito do consumidor ter conhecimento e ser esclarecido sobre os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial (artigo 5.º, IV).

O *direito de acesso às informações* constante do banco de dados, e que é previsto no artigo 5.º, II, da Lei 12.414/2011, desdobra-se em certas condições que garantam sua efetividade: a) é direito de acesso gratuito, não podendo ser exigido do consumidor pagamento a qualquer título para permitir o acesso às informações. Refira-se que constava do projeto aprovado, disposição vetada pela Presidente da República, a limitação do acesso gratuito apenas a uma vez a cada quatro meses; b) é direito de acesso amplo, de modo que contempla todas as informações existentes no banco de dados, inclusive do histórico de crédito, e todos os dados que sejam agregados às informações originalmente arquivadas; c) é direito de acesso facilitado, exigindo-se do gestor do banco de dados que mantenha sistemas seguros para acesso às informações, por telefone ou por meio eletrônico para consulta dos interessados.

O artigo 6.º da Lei 12.414/2011, estabelece o dever do gestor dos bancos de dados de fornecer, mediante requerimento do consumidor a cujos dados arquivados se refiram: “I – todas as informações sobre ele constantes de seus arquivos, no momento da solicitação; II – indicação das fontes relativas às informações de que trata o inciso I, incluindo endereço e telefone para contato; III – indicação dos gestores de bancos de dados com os quais as informações foram compartilhadas; IV – indicação de todos os consulentes que tiveram acesso a qualquer informação sobre ele nos 6 (seis) meses anteriores à solicitação; e V – cópia de texto contendo sumário dos seus direitos, definidos em lei ou em normas infralegais pertinentes à sua relação com bancos de dados, bem como a lista dos órgãos governamentais aos quais poderá ele recorrer, caso considere que esses direitos foram infringidos.” O prazo para solicitação das informações relativas aos incisos II a V, do artigo 6.º, será de até 7 (sete) dias da datada do requerimento (artigo 6.º, § 2.º). Em relação ao conteúdo das informações constantes do arquivo (artigo 6.º, inciso I), entretanto, não há prazo específico, de modo que devem ser fornecidas imediatamente, no mesmo momento da solicitação pelo interessado.

O *direito de retificação das informações* constantes do banco de dados (artigo 5.º, III) compreende a correção ou cancelamento das informações errôneas que constem arquivadas relativamente ao consumidor. É estabelecido o prazo máximo de 7 (sete) dias, a contar do requerimento pelo titular das informações, para que o gestor do banco de dados não apenas

corrija ou exclua a informação, como igualmente, informe a todos os bancos de dados com quem a compartilhou sobre a existência do equívoco. Embora não expresso na lei, deve-se entender que este dever de informar aos demais bancos de dados com quem compartilhou a informação equivocada abrange igualmente os fornecedores de crédito que porventura tenham feito uso das informações arquivadas no período em que constava o equívoco identificado.

O direito à vinculação do uso das informações decorre do disposto no artigo 5.º, VII, que resguarda o consumidor de “ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados”. Ou seja, as informações coletadas, utilizadas e compartilhadas entre bancos de dados e fornecedores na sistemática da Lei 12.414/2011 vinculam-se à finalidade exclusiva da avaliação do risco de crédito. A utilização destas informações para qualquer outra finalidade, como por exemplo, a formação de perfis de consumidores por faixa de renda ou qualquer outro critério elegível mediante o acesso às informações arquivadas, com o objetivo de direcionar oferta publicitária ou definir estratégia comercial, configura ato ilícito, e dá causa aos meios para sua repressão/coibição. Neste sentido é de considerar, igualmente, que o artigo 15 da Lei 12.411/2011, expressamente refere que “as informações sobre o cadastrado constantes dos bancos de dados somente poderão ser acessadas por consulentes que com ele mantiverem ou pretendem manter relação comercial ou creditícia”.

Esta vinculação do uso das informações caracteriza-se também pelo controle que tem o consumidor em relação à possibilidade ou não de compartilhamento das informações pelo gestor do banco de dados. Note-se que, como regra, a autorização para coleta e organização das informações pelo consumidor se dá em vista do objetivo de celebrar um determinado contrato de crédito. E com isso o fornecedor do crédito colhe a autorização para permitir que o gestor do banco de dados que lhe preste serviços colete informações sobre aquele consumidor. Aqui é de se interpretar restritivamente a autorização do consumidor em vista da finalidade imediata pretendida por ele (a celebração de um certo e determinado contrato).

Dai porque a possibilidade de compartilhamento das informações coletadas, com outros bancos de dados, deve ser expressa, conforme prevê o artigo 9.º, da Lei 12.414/2011: “Artigo 9.º O compartilhamento de informação de adimplemento só é permitido se autorizado expressamente pelo cadastrado, por meio de assinatura em instrumento específico ou em cláusula apartada”. Não se confunda, neste particular, a autorização para coleta de informações (prevista no artigo 4.º) e a autorização para - após coletadas e arquivadas em um determinado banco de dados - serem compartilhadas com outros bancos de dados. São duas autorizações distintas, e como tais, cada uma delas em instrumento específico ou cláusula apartada distinta, não podendo ambas as autorizações para fins diferentes, integrarem um mesmo instrumento ou serem previstas em uma mesma cláusula.³⁸⁴ Por outro lado, veja-se que o § 3.º do artigo 7.º do Decreto 7.829/2012, que regulamentou a Lei 12.414/2011, estabelece que a “abertura de cadastro não poderá ser condicionada à concessão de autorização para compartilhamento da informação de adimplemento.” Trata-se de regra relevante, considerando a possível - e até provável - existência de interesses não coincidentes deste ponto. Isso porque não raro, o titular das informações admitirá a abertura de cadastro, coleta e organização dos dados a seu respeito, em geral interessado na celebração de um determinado negócio de crédito, buscando, com tais providências, juros mais reduzidos. Não tem porque se interessar, *a priori*, com o compartilhamento destas informações com outros bancos de dados ou para uso em outras situações. A Lei 12.414/2011, embora exija anuência expressa nas duas situações (de abertura do cadastro e de compartilha-

384. No mesmo sentido: BESSA, Cadastro positivo, p. 130.

mento das informações), não vedou expressamente o condicionamento de uma a outra, o que ora foi feito pela norma regulamentar. E o que se coaduna com o direito básico do cadastrado, que lhe assegura o artigo 5.º, VII, da mesma Lei 12.414/2011, que é o de “ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados”.

Por fim, note-se que há o direito de cancelamento do arquivo (artigo 5.º, I), mediante revogação da autorização dada, a qualquer tempo. Observe-se que o direito de coleta e uso da informação constante deste banco de dados só é admitido em razão da autorização expressa do consumidor. A revogação da autorização constitui direito potestativo, que pode ser exercido a qualquer tempo, e é suficiente para impedir a partir de então, qualquer espécie de utilização posterior, devendo as informações constantes do arquivo ser eliminadas. Neste sentido, registre-se que dispositivo que admitia a manutenção das informações mesmo após o cancelamento, condicionando seu uso à nova autorização do consumidor, foi corretamente vetado pela Presidente da República.³⁸⁵ Ocorrendo a revogação da autorização pelo consumidor, constitui-se dever do fornecedor que a obteve informar ao gestor do banco de dados (artigo 8.º, II), para que ele não apenas elimine as informações que archive consigo,³⁸⁶ mas igualmente, notifique todos os demais bancos de dados com quem compartilhe as informações, para que proceda do mesmo modo, caso isso não ocorra de modo automático.

2.3.3.8.4 Deveres dos fornecedores de crédito (fontes)

Os deveres dos fornecedores de crédito, qualificados como fontes na sistemática da Lei 12.414/2011, constam do seu artigo 8.º, podendo ser definidos da seguinte forma: a) dever de manutenção do registro; b) dever de informação ao consumidor c) dever de comunicação ao gestor do banco de dados d) dever de retificação; e) dever de assegurar a igualdade no uso e fornecimento das informações.

Cumpra aos fornecedores de crédito (fontes) colher a autorização prévia e expressa do consumidor para inclusão de suas informações no banco de dados, observadas as condições previstas no artigo 4.º, da lei, especialmente no constante ao procedimento previsto em lei para este fim, abrangendo a garantia de consentimento informado e esclarecido pelo consumidor, que constituem, portanto, o conteúdo do *dever de informação ao consumidor*. Com a obtenção

385. No caso, o § 1.º do artigo 5.º da Lei 12.414/2011, que terminou vetado, dispunha: “§ 1.º Caso, no momento do cancelamento do cadastro na forma do inciso I, haja obrigação creditícia em curso, o gestor do banco de dados poderá manter no sistema as informações a respeito do cadastrado, permitida a utilização dos dados apenas na hipótese de nova autorização de abertura de cadastro, nos termos do artigo 4.º.” As razões do veto, de sua vez, foram claras e objetivas ao referir que “O dispositivo impede que o cadastrado possa, a qualquer tempo, cancelar seu cadastro e eliminar as informações a ele referentes, violando a privacidade dos cidadãos e o caráter voluntário do cadastro positivo”.

386. Destaque-se que vai em sentido contrário ao disposto em lei, e ao próprio veto presidencial, a regra do artigo 12, § 3.º, do Decreto 7.829/2012, que reproduz a disposição legal objeto de veto ao estabelecer que “o gestor de banco de dados deverá manter em arquivo, exclusivamente para fins de auditoria, dados, autorizações concedidas pelos cadastrados, pedidos de cancelamento, exclusão, revogação e correção de anotação, pelo prazo mínimo de cinco anos, contado do cancelamento do cadastro.” Por mais que se argumente do escopo reduzido de utilização das informações (“exclusivamente para fins de auditoria”), resulta claro que a simples manutenção dos dados pelo gestor do banco de dados permite, por via oblíqua, o que o veto presidencial enfaticamente afastou, ao pretender assegurar a eliminação das informações.

da autorização expressa do consumidor surge para o fornecedor do crédito o *dever de manutenção do registro* desta autorização (artigo 8.º, I), devendo mantê-la em arquivo por todo o período em que se permaneçam as informações no banco de dados. Aliás, embora não constitua dever legal, é recomendável inclusive que se mantenham as informações até por mais cinco anos após eventual cancelamento do arquivo pelo consumidor, considerando ser este o prazo no qual poderá ser demandado o fornecedor pelos danos que decorram da inscrição indevida de informações, e no qual poderá ser exigida a apresentação da prova da autorização prévia pelo consumidor, observado ainda o termo inicial da prescrição de eventual ação reparatória (artigo 27, do CDC).

Cabe ao fornecedor de crédito, ainda, o *dever de comunicação ao gestor do banco de dados* sobre eventual exclusão de dados ou revogação da autorização para uso das informações pelo titular das informações (artigo 8.º, II). Observa-se, neste ponto, que a disciplina do procedimento de coleta e repasse das informações, bem como o relacionamento operacional com o gestor do banco de dados é do fornecedor do crédito. Ocorrerá, no mais das vezes, do consumidor titular das informações em nenhum momento vir a se relacionar diretamente com o gestor do banco de dados, tanto no tocante à exclusão da informação e/ou revogação da autorização de inclusão dos dados, quanto na hipótese da correção de informações equívocas ou vedadas por lei. Isso vale tanto na comunicação ao gestor do banco de dados sobre a impugnação/retificação de informação pelo consumidor, quanto na hipótese de ser solicitada pelo próprio gestor.

Neste sentido, vale a exegese dos incisos III e IV, do artigo 8.º da Lei 12.414/2011. Isso porque o inciso III refere o dever do fornecedor de crédito (fonte) de “verificar e confirmar, ou corrigir, em prazo não superior a 2 (dois) dias úteis, informação impugnada, sempre que solicitado por gestor de banco de dados ou diretamente pelo cadastrado”. Já o inciso IV, estabelece o dever de “atualizar e corrigir informações enviadas aos gestores de bancos de dados, em prazo não superior a 7 (sete) dias”. Leonardo Bessa³⁸⁷ observa aqui a distinção entre a correção interna da informação nos arquivos do próprio fornecedor de crédito (fonte), que se dá no prazo de 2 (dois) dias úteis, e a remessa da informação sobre esta correção ao banco de dados (que no caso podemos referir como correção externa), a qual deve se dar no prazo de 7 (sete) dias úteis.

O *dever de retificação*, portanto, é do fornecedor do crédito, embora possa ser exigido pelo consumidor também em relação ao banco de dados que se aproveita da autorização dada pelo consumidor para uso das informações, inclusive economicamente, uma vez que a formação do histórico de crédito servirá para a prestação de serviços aos fornecedores sempre quando venham a negociar com um mesmo titular das informações.

Observa o fornecedor de crédito (fonte), ainda, o *dever de assegurar a igualdade no uso e fornecimento das informações*. Este consiste tanto no fornecimento das mesmas informações relativas ao consumidor, a todos os gestores dos bancos de dados que o solicitarem (artigo 8.º, VI). Trata-se de providência claramente destinada a assegurar a livre concorrência entre empresas que atuem como gestoras de banco de dados, evitando que uma delas possa exigir exclusividade quanto ao tratamento destas informações. Neste sentido, igualmente, o parágrafo único do artigo 8.º da Lei 12.414/2011, prevê igualmente que “é vedado às fontes estabelecerem políticas ou realizarem operações que impeçam, limitem ou dificultem a transmissão a banco de dados de informações de cadastrados que tenham autorizado a anotação de seus dados em bancos de dados.”

387. BESSA, Leonardo. *Cadastro positivo...*, p. 127.

2.3.3.8.5 Deveres do gestor do banco de dados

O gestor do banco de dados observa os seguintes deveres em relação ao consumidor titular das informações, no tocante aos dados arquivados: a) dever de assegurar a integridade e uso reservado dos dados; b) dever de atualização e correção; c) dever de cancelamento do arquivo; d) dever de identificação da fonte. Considerando que se trata de informações pessoais do consumidor que integram sua privacidade, mas que ele próprio as divulga com o fim específico de obter melhores condições na contratação de crédito, pressupõe-se em relação ao gestor do banco de dados o *dever de assegurar a integridade e uso reservado dos dados*. Neste sentido o artigo 7.º da Lei 12.414/2011, ao mesmo tempo em que vincula o uso das informações à realização da análise de risco de crédito e como subsídio à decisão de contratar do fornecedor consulente, estabelece em seu parágrafo único que “cabe ao gestor manter sistemas seguros, por telefone ou por meio eletrônico, de consulta para informar aos consulentes as informações de adimplemento do cadastrado.”

O gestor do banco de dados tem também o *dever de atualização e correção dos dados*, de modo que lhe incumbe, tão logo informado pela fonte, ou mediante requerimento do próprio titular das informações, atualizar ou corrigir as informações arquivadas. Note-se que o artigo 8.º, IV, já mencionado, prevê o dever do fornecedor do crédito (fonte) de atualizar e corrigir informações enviadas aos gestores de bancos de dados no prazo de até 7 (sete) dias. Este prazo obriga igualmente, embora não previsto expressamente, o gestor do banco de dados. Desse modo, pouco importa se a falha que dê causa ao descumprimento decorre da demora do fornecedor do crédito ou do gestor do banco de dados. O prazo em questão se dá em favor do consumidor. Desse modo, desatendido o prazo, há responsabilidade perante o consumidor, que neste caso é objetiva e solidária entre o fornecedor do crédito (fonte) e o gestor do banco de dados, forte no artigo 16 da Lei 12.414/2011. Note-se que, igualmente, cabe ao gestor do banco de dados que originalmente tenha arquivado as informações, notificar outros bancos de dados com os quais tenha havido o compartilhamento, para que procedam a retificação/atualização das informações que possuam (artigo 9.º, § 2.º, da Lei 12.414/2011).

O *dever de cancelamento do arquivo* quando revogada a autorização para uso das informações pelo consumidor é do fornecedor do crédito (fonte) que deverá procedê-la junto ao gestor do banco de dados. Todavia é o gestor do banco de dados que originalmente arquivou a informação o dever de comunicar aos demais bancos de dados, com os quais tenha compartilhado as informações, sobre o cancelamento, para que da mesma forma procedam o cancelamento em suas respectivas bases de dados (artigo 9.º, § 3.º)

Por fim, o dever de identificação da fonte impõe ao gestor do banco de dados a identificação daqueles que promoverem qualquer inscrição ou atualização dos dados, a identificação da fonte e do agente que a tenha efetuado, bem como o equipamento ou terminal onde tenha sido processada a ocorrência (artigo 9.º, § 4.º).

2.3.3.8.6 Origem dos dados e compartilhamento das informações

As informações que integram o arquivo do consumidor acerca de seu histórico e crédito junto ao banco de dados tem diversas origens. A rigor, pode ocorrer que a partir da autorização do consumidor passem a ser arquivadas informações sobre novos negócios que este venha a celebrar. Informações futuras, portanto. Contudo, a espera pelo arquivamento de um número razoável de informações futuras pode fazer com que a finalidade da lei seja frustrada, uma vez

que decorreria muito tempo para que se pudesse formar um histórico de crédito.³⁸⁸ Daí porque se prevê a possibilidade de que o consumidor autorize tanto que prestadores de serviços continuados de água, esgoto, eletricidade, gás e telecomunicações, dentre outros, forneçam informações sobre o adimplemento das obrigações financeiras do cadastrado (artigo 11). Faz-se, todavia, expressa vedação a que possa ser incluídas dentre estas informações, as relativas ao serviço de telefonia móvel na modalidade pós-paga (artigo 11, parágrafo único). Esta exclusão expressa constitui o reconhecimento expresso, pelo legislador, segundo a correta leitura de Leonardo Bessa, da gravidade e extensão do desrespeito aos direitos do consumidor por este setor de serviços, a retirar-lhe, inclusive a credibilidade dos dados financeiros para efeito de formação do histórico de crédito.³⁸⁹

De grande repercussão prática, todavia, será a possibilidade de acesso às informações relativas a operações de crédito mantidas pelo consumidor com instituições financeiras. Prevista no artigo 12 da Lei 12.414/2011, as informações que poderão ser fornecidas devem compreender apenas o histórico das operações de empréstimo e de financiamento realizadas pelo cliente (artigo 12, § 1.º). Da mesma forma, não podem as instituições financeiras impedir, limitar ou dificultar a transmissão dos dados quando expressamente autorizados pelo consumidor (artigo 12, § 2.º).

Por outro lado, pode o gestor do banco de dados compartilhar as informações arquivadas com outros bancos de dados, desde que expressamente autorizado pelo consumidor (artigo 9.º). Ocorrendo o compartilhamento, contudo, produzem-se os seguintes efeitos: a) o gestor do banco de dados que receba as informações compartilhadas equipara-se ao gestor que as registrou originalmente (artigo 9.º, § 1.º); b) é dever do gestor do banco de dados de onde se origina a informação mantê-la atualizada, bem como informar sobre a eventual revogação da autorização do titular das informações e consequente cancelamento do registro (artigo 9.º, § 2.º); e c) o dever dos gestores dos bancos de dados que recebem as informações compartilhadas, de proceder ao respectivo cancelamento do registro, realizado pelo gestor originário (artigo 9.º, § 3.º).

2.3.3.8.7 Responsabilidade da fonte, do gestor do banco de dados e do consulente

Respondem solidariamente a fonte, o gestor do banco de dados e o consulente pelos danos causados aos consumidores. Trata-se de responsabilidade objetiva e solidária, nos termos do artigo 16 da Lei 12.414/2011: “O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado.” Naturalmente que se deve avaliar, no caso concreto, aquele cujo desatendimento do dever deu causa ao dano, especialmente para efeito de ação de regresso daquele que indenizou contra o causador do dano.

2.3.3.8.8 Temporalidade das informações

Um último aspecto de grande relevância diz respeito ao prazo de manutenção das informações. O artigo 14 da Lei 12.414/2011 prevê que “as informações de adimplemento não poderão constar de bancos de dados por período superior a 15 (quinze) anos.” Note-se que neste

388. BESSA, *Cadastro positivo*..., p. 137.

389. *Idem*, p. 136.

particular há uma grande distinção em relação ao prazo de 5 (cinco) anos admitido pelo artigo 43 do CDC. Neste sentido, duas questões merecem ser abordadas. Primeiro, a própria adequação técnica de um prazo tão extenso, dentro do qual se pode razoavelmente supor alterações na capacidade econômica e/ou outros fatores do comportamento do consumidor. Segundo, a própria possibilidade do gestor do banco de dados, assim como do fornecedor de crédito, sob o pretexto do acesso a informações de adimplemento do consumidor, terem no conhecimento das informações sobre seu histórico de crédito a possibilidade de acesso, inclusive, às dívidas não pagas pelo período de até quinze anos, tornando irrelevante a limitação temporal de cinco anos para arquivo e acesso a informações restritivas de crédito previstas no Código de Defesa do Consumidor. É certo que a definição de histórico de crédito prevista no artigo 2.º, VII, da Lei 12.414/2011 inclui apenas a "operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas". Todavia, é evidente que em situações em que se trate de obrigações de cumprimento diferido e/ou continuado, a ausência de informações sobre determinadas parcelas induzirão à conclusão de que se trata de situações de falta de pagamento pelo consumidor.

Sobre esta questão sugere a doutrina solução de *lege ferenda*, pela unificação dos prazos de ambas as leis em cinco anos.³⁹⁰ Todavia, é de destacar o papel que devem desempenhar tanto os órgãos de defesa do consumidor, quanto o próprio Poder Judiciário para identificar e reprimir eventual desvio de finalidade desta espécie de banco de dados admitido pela Lei 12.414/2011. Para evitar que, ao invés de servir a sua finalidade anunciada de beneficiar os consumidores com histórico de adimplência, convertam-se em instrumento para agravar a restrição ao crédito, desafiando os limites estabelecidos pelo artigo 43 do CDC.

Já o termo inicial da contagem, a exemplo do que sustentamos acima em relação à inscrição nos bancos de dados regulados pelo artigo 43 do CDC, deve ser o do vencimento da dívida, e nascimento da pretensão do credor para a cobrança (artigo 189, do Código Civil). Esta é a conclusão que se chega pelas mesmas razões a que nos referimos em relação aos demais bancos de dados, qual seja, de que eventual indicação da data de registro como termo inicial de contagem deixaria ao arbítrio do fornecedor a extensão indefinida o prazo em que a informação poderia ser mantida no banco de dados.

2.3.3.9. Sistemas de pontuação de crédito (*scoring*)

A par da organização de bancos de dados com a finalidade tradicional de permitir a consulta de informações restritivas de crédito – como prevê o art. 43 do CDC – e de informações de adimplemento e histórico de crédito, previsto pela Lei 12.414/2011, outros métodos de uso de informações para avaliação de crédito ganharam espaço nos últimos anos, em especial, modelos de pontuação (*scoring*) de consumidores para fim de determinação do risco de crédito.

Este método de avaliação, de largo desenvolvimento em outros países³⁹¹, a partir de estudos que remontam a primeira metade do século passado³⁹², consiste em aplicação de técnica

390. Neste sentido: BESSA, *Cadastro positivo...*, p. 140.

391. Para um panorama da utilização do sistema de credit scoring e suas bases, veja-se: MAKUSCH, William M. *Scoring applications*. In: MAYS, Elizabeth (Ed.) *Handbook of credit scoring*. Chicago: Glenlake Publishing Co., 2001, p. 3 e ss.

392. A origem do sistema de credit scoring costuma-se atribuir ao estudo de David Durand, publicado em em 1941 pelo National Bureau of Economic Research, nos Estados Unidos. Veja-se: JOHNSON, R. W. *Legal, social and economic issues in implementing scoring in the United States*. In: THOMAS,

estatística para análise de informações relativas aos consumidores, segundo certos modelos de comportamento³⁹³, pelo qual é atribuída certa pontuação ao consumidor, representativa do risco de inadimplemento. Examinando alguns casos relativos a estes modelos, o Poder Judiciário, inicialmente, os considerou abusivos, independentemente do juízo que estabelecessem sobre o consumidor a quem se refiram as informações. As razões essenciais para rejeitarem o sistema de pontuação de crédito, compreendiam o fato de que estes contavam com informações pessoais e as organizavam e utilizavam visando à análise de risco de crédito, sem que os titulares das informações pudessem ter acesso à causa de eventual negativa de crédito e às próprias informações pessoais constantes do cadastro. Foram qualificados por isso, como espécie de sistema oculto de informações, em contradição às disposições do Código de Defesa do Consumidor que publicizaram os bancos de dados no sentido de assegurar o acesso dos consumidores às informações nele constantes. Destacavam, igualmente estas decisões, o risco de utilização neste sistema, de informações vedadas, como a hipótese de que trata o artigo 39, VII, do CDC, que relaciona como prática abusiva proibida ao fornecedor: “repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos”. E, no mesmo sentido, a violação do artigo 43, *caput* e §§ 1.º e 3.º, do CDC. Segundo estas decisões, o sistema em questão suprimia a possibilidade de acesso do consumidor às informações constantes do banco de dados,³⁹⁴ uma vez que eram cadastros que atuavam na concessão de uma nota ao requerente do crédito, sem especificar os fatores determinantes na sua atribuição.

Lyn C.; EDELMAN, David B.; CROOK, Jonathan N. Readings in credit scoring. New York: Oxford University Press, 2004, p. 5 e ss.

393. FINLAY, Steven. Credit scoring, response modeling and insurance rating. 2.ª ed. Palgrave Macmillan 2012, p. 8 e ss.

394. “Apelação cível. Responsabilidade civil. Ação cominatória cumulada com pedido de indenização por danos morais. Sistema ‘crediscore’. Natureza. Banco de dados. Sujeição às disposições constantes do artigo 43 do CDC. A elaboração, organização, consulta e manutenção de bancos de dados sobre consumidores não é proibida pelo Código de Defesa do Consumidor; ao contrário, é regulada por este, no artigo 43. Hipótese em que o denominado Sistema Crediscore, colocado à disposição das empresas conveniadas pela CDL, caracteriza-se como um verdadeiro banco de dados de hábitos de consumo e pagamento dos consumidores, sujeito, portanto, às disposições do artigo 43 do CDC. Dano moral. Configuração. Comprovado o agir ilícito da demandada, que criou banco de dados com informações pessoais do autor, sem a devida publicização, inviabilizando os direitos de amplo acesso às informações pessoais do consumidor e de reclamar por eventuais ilegalidades ou incorreções (artigo 43, *caput* e § 3.º), gerando, inclusive, provável restrição de crédito, diante do escoro desfavorável, caracterizado está o dano in re ipsa, exsurgindo, daí, o dever de indenizar. Quantum indenizatório. Arbitramento. É cediço que, na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. Ao concreto, demonstrada a ilicitude do ato praticado pela ré, e sopesadas as demais particularidades do caso, entendendo adequada a fixação da verba indenizatória em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que deverá ser corrigida monetariamente pelo IGP-M e acrescida de juros legais, a contar desta decisão. Sucumbência invertida. Apelação provida. Ação julgada parcialmente procedente” (TJRS, ApCiv 70041827379, 10.ª Cam. Civ., j. 07.04.2011, rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz). No mesmo sentido: “Apelação cível. Responsabilidade civil. Sistema crediscore. Atribuição de pontuação ao consumidor para concessão de crédito. Ilegalidade. Dever de prestar informações de forma clara. Dano moral configurado. Por meio do estudo pormenorizado das provas colhidas no feito, pode-se depreender que a requerida age de forma ilícita ao manter em armazenamento dados sobre determinada pessoa sem que esta tenha exata ciência acerca das assertivas, o que pode sim implicar

Da mesma forma, os dados utilizados por este sistema, uma vez que não se considerem bancos de dados de informações positivas com o procedimento para acesso e compartilhamento de informações a ele inerentes, ficam limitados ao período de cinco anos.³⁹⁵

Não há dúvida que a admissão do sistema scoring pelo direito brasileiro enfrenta um desafio inicial de qualificação. Isso porque, se considerado espécie de banco de dados, ou será aquele a que se refere o art. 43 do CDC, ou o de que trata a Lei 12.414/2011. Neste caso, estará submetido à disciplina estrita de cada um deles. Outra alternativa será considerar o sistema não como meio de formação e organização de informações, senão uma determinada utilização de informações já arquivadas em banco de dados. Ou seja, um método de utilização de banco de dados, segundo determinados parâmetros e servindo-se da aplicação de modelos estatísticos para avaliação do risco de crédito.

Dada a repercussão do uso do sistema de pontuação de crédito e os questionamentos sobre sua conformidade, especialmente, com as normas de proteção do consumidor, a matéria foi objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja decisão, no Recurso Especial 1419697/RS, de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino,³⁹⁶ Este recurso especial, então, foi afetado ao procedimento e eficácia dos recursos repetitivos, tendo a decisão do caso, inclusive, dado origem a Súmula 550 do STJ, que refere: “A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.”³⁹⁷

a obstaculização de concessão de crédito, mesmo em situações em que o consumidor não possui seu nome negativizado. Há flagrante desrespeito frente às normas fundamentadas no Código de Defesa do Consumidor (artigo 43, dever de informação), também cabendo ressaltar a afronta ao artigo 5.º, XIV, XXXIII, LXXII, alíneas ‘a’ e ‘b’, da Carta Magna. Deferida a postulação referente ao fornecimento dos documentos em que evidenciadas as informações relativas à pontuação no CREDISCORE e armazenadas com os dados identificadores da parte autora, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de incidência de multa diária. O Crediscore somente poderia ser considerado legítimo se as informações nele depositadas fossem livremente disponibilizadas aos consumidores interessados, garantia de acesso que encontra respaldo no já mencionado artigo 43 do CDC. Em assim não agindo, resta cristalina a conduta lesiva a ser imputada à apelada, em clara violação às normas do Código de Defesa do Consumidor, autorizando-se a responsabilização da entidade ré. Conduta ilícita que decorre do próprio fato da violação das normas do Código do Consumidor, desnecessária a prova de prejuízo direto, pois o dano ocorre in re ipsa. Apelação provida” (TJRS, ApCiv 70037245461, 9.ª Câm. Civ., j. 01.11.2011, rel. Roberto Carvalho Fraga). E ainda: “Responsabilidade civil. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenizatória. Sistema crediscore. Ausência de informação. Ilegalidade reconhecida. Caso em que a parte ré oferta às empresas associadas serviço denominado Crediscore. Ferramenta de análise comportamental de crédito do consumidor, que tem por objetivo aos lojistas, através de uma pontuação de crédito, identificar dentre os pretendentes clientes aqueles que se encaixam em um quadro de maior risco para contratação. Ilegalidade do serviço reconhecida em decorrência da ausência de informação ao autor acerca da existência de cadastro em seu nome, o qual viola os princípios do Código de Defesa do Consumidor. Dano moral in re ipsa. Violação aos deveres de transparência e informação pela entidade cadastrada. Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor minorado. Deram provimento em parte ao recurso. Unânime” (TJRS, ApCiv 70044482248, 10.ª Câm. Civ., j. 29.09.2011, rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana).

395. TJRS, ApCiv 70051259232, 9.ª Câm. Civ., j. 08.10.2012, rel. Marilene Bonzanini Bernardi.

396. STJ, REsp 1419697/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2.ª Seção, j. 12.11.2014, DJe 17.11.2014.

397. Súmula 550, 2.ª Seção, j. 14.10.2015, DJe 19.10.2015.

De interesse, contudo, o exame das teses fixadas na decisão do mencionado REsp 1419697/RS, a saber: “1) O sistema “credit scoring” é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). 2) Essa prática comercial é lícita, estando autorizada pelo art. 5.º, IV, e pelo art. 7.º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). 3) Na avaliação do risco de crédito, devem ser respeitados os limites estabelecidos pelo sistema de proteção do consumidor no sentido da tutela da privacidade e da máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011. 4) Apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas. 5) O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema “credit scoring”, configurando abuso no exercício desse direito (art. 187 do CC), pode ensejar a responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3.º, § 3.º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados.”

O sistema de pontuação de crédito (*scoring*) não foi considerado como espécie distinta de banco de dados, senão como espécie de método de utilização das informações já arquivadas em bancos de dados pré-existentes. A licitude indicada pela decisão concentra-se na finalidade de avaliação do risco de crédito, previsto nos arts. 5.º, IV e 7.º, I, da Lei 12.414/2011. A referência à Lei 12.414/2011 pode fazer crer que a decisão o tenha qualificado como espécie de banco de dados previsto nesta lei, ou seja, sobre informações de adimplemento e histórico de crédito. Se este for o caso, deve-se registrar que a própria lei estabelece a expressa concordância do consumidor como condição para inclusão de informações em banco de dados desta natureza. No caso do sistema de pontuação de crédito, contudo, a própria decisão afastou a exigência de consentimento do consumidor, embora assegure o direito de acesso a informações e esclarecimentos sobre as fontes dos dados considerados para formação do histórico de crédito, bem como as informações pessoais cuja avaliação determinou certa pontuação. Por outro lado, considerando-se a possível incidência do CDC (art. 43), pergunta-se se seria o caso de notificação do consumidor, sobre o uso específico a ser dado às informações quando arquivadas em bancos de dados com finalidade distinta do sistema de pontuação de crédito (*scoring*). A rigor, o entendimento que parece ter sido esposado pela decisão foi de que se trata de método sobre banco de dados, de modo que as exigências para inclusão de informações (notificação ou consentimento expresso), não se exigem novamente em relação à determinada utilização das informações.

Por outro lado, fixa a decisão limites à utilização das informações para pontuação de crédito, indicando a necessidade de a) dar acesso aos consumidores sobre a fonte e conteúdo das informações avaliadas para o fim de atribuição da pontuação; e b) vedação do uso de informações excessivas, desatualizadas ou incorretas. Por informações excessivas compreenda-se aquelas protegidas sob a privacidade do consumidor, ou ainda as que permitam discriminação ilícita (sejam pelos critérios definidos no art. 3.º, IV e 5.º *caput*), ou mesmo pelo disposto no art. 39, VII, do CDC. A violação destes limites implica na ilicitude da conduta do gestor do banco de dados, dando causa, segundo a tese fixada no acórdão, à responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente pelos danos causados ao consumidor.

Afastada a controvérsia inicial, sobre a ilicitude *per se* do uso do sistema, resultou também afastada a ocorrência de dano moral *in re ipsa*, pela mera consulta ou utilização de informações

para o fim de atribuir pontuação ao consumidor. A possibilidade do dano se preserva, segundo o acórdão, apenas em vista da ocorrência de recusa indevida de crédito, mediante utilização do sistema *scoring* que tenha por base informações excessivas ou incorretas.

2.3.4 O regime das cláusulas abusivas nos contratos de consumo

O instrumento técnico de maior importância em matéria de proteção contratual do consumidor consagrado pelo CDC é a possibilidade de controle do conteúdo do contrato e o regime de nulidade das cláusulas contratuais consideradas abusivas. A noção de cláusulas abusivas é ampla. Seus elementos principais, contudo, verificam-se na definição simples e rica de Jean Calais-Auloy ao afirmar que “é abusiva a cláusula que, pré-redigida pela parte mais forte, cria um desequilíbrio significativo em detrimento da parte mais fraca”.³⁹⁸ O significado do que se deva entender por desequilíbrio significativo, no direito europeu, segundo o grande jurista francês, foi estabelecido pela Diretiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores.³⁹⁹

398. CALAIS AULOY/STEINMETZ. *Droit de la consommation...*, p. 185.

399. O anexo da Diretiva 93/13/CEE vai reconhecer como abusivas, dentre outras, as cláusulas que tenham por objetivo ou efeito: “a) Excluir ou limitar a responsabilidade legal do profissional em caso de morte de um consumidor ou danos corporais que tenha sofrido em resultado de um acto ou de uma omissão desse profissional; b) Excluir ou limitar de forma inadequada os direitos legais do consumidor em relação ao profissional ou a uma outra parte em caso de não execução total ou parcial ou de execução defeituosa pelo profissional de qualquer das obrigações contratuais, incluindo a possibilidade de compensar uma dívida para com o profissional através de qualquer caução existente; c) Prever um compromisso vinculativo por parte do consumidor, quando a execução das prestações do profissional está sujeita a uma condição cuja realização depende apenas da sua vontade; d) Permitir ao profissional reter montantes pagos pelo consumidor se este renunciar à celebração ou à execução do contrato, sem prever o direito de o consumidor receber do profissional uma indenização de montante equivalente se for este a renunciar; e) Impor ao consumidor que não cumpra as suas obrigações uma indenização de montante desproporcionalmente elevado; f) Autorizar o profissional a rescindir o contrato de forma discricionária sem reconhecer essa faculdade ao consumidor, bem como permitir ao profissional reter os montantes pagos a título de prestações por ele ainda não realizadas quando é o próprio profissional que rescinde o contrato; g) Autorizar o profissional a pôr termo a um contrato de duração indeterminada sem um pré-aviso razoável, exceto por motivo grave; h) Renovar automaticamente um contrato de duração determinada na falta de comunicação em contrário por parte do consumidor, quando a data limite fixada para comunicar essa vontade de não renovação do contrato por parte do consumidor for excessivamente distante da data do termo do contrato; i) Declarar verificada, de forma irrefragável, a adesão do consumidor a cláusulas que este não teve efetivamente oportunidade de conhecer antes da celebração do contrato; j) Autorizar o profissional a alterar unilateralmente os termos do contrato sem razão válida e especificada no mesmo; k) Autorizar o profissional a modificar unilateralmente sem razão válida algumas das características do produto a entregar ou do serviço a fornecer; l) Prever que o preço dos bens seja determinado na data da entrega ou conferir ao vendedor de bens ou ao fornecedor de serviços o direito de aumentar os respectivos preços, sem que em ambos os casos o consumidor disponha, por seu lado, de um direito que lhe permita romper o contrato se o preço final for excessivamente elevado em relação ao preço previsto à data da celebração do contrato; m) Facultar ao profissional o direito de decidir se a coisa entregue ou o serviço fornecido está em conformidade com as disposições do contrato ou conferir-lhe o direito exclusivo de interpretar qualquer cláusula do contrato; n) Restringir a obrigação, que cabe ao profissional, de respeitar os compromissos assumidos pelos seus mandatários, ou de condicionar os seus compromissos ao cumprimento de uma formalidade específica; o) Obrigar o consumidor a cumprir todas as suas obrigações, mesmo que o profissional

O histórico da proteção contratual do consumidor mais fraco em relação às cláusulas contratuais abusivas, do mesmo modo, tem sua origem no direito anglo-saxão, desde 1962, quando o *Uniform Commercial Code*, nos Estados Unidos, consagrando entendimento jurisprudencial existente, passou a permitir ao juiz anular toda a cláusula considerada abusiva. Da mesma forma, nos países europeus, a partir de 1970, foi-se gradativamente aprovando legislações prevendo o controle das cláusulas abusivas em vista da proteção dos consumidores, como foi o caso da Suécia (1971), Reino Unido (1973 e posteriormente 1977), Dinamarca (1974), Alemanha (1976) e França (1978 e, posteriormente, 1988, normas que passaram a integrar o *Code de la Consommation*, a partir de 1993).⁴⁰⁰

No direito brasileiro, a definição do que sejam as cláusulas abusivas e seu regime de nulidade estão previstos no artigo 51 do CDC, que refere: "São nulas de pleno direito, as cláusulas abusivas que (...)". Segue-se então, elenco de cláusulas consideradas abusivas pelo legislador e cuja sanção de nulidade decorre, segundo o magistério de Nelson Nery Júnior, da *ordem pública de proteção do consumidor*, característica do CDC.⁴⁰¹

A exata compreensão da natureza destas cláusulas no direito brasileiro, contudo, não prescinde de um exame aprofundado do que se deva considerar abusivo em matéria de relações de consumo, o que induz à necessidade de compreensão de qual o fundamento da abusividade destas cláusulas contratuais em direito do consumidor. Neste sentido, muitos são os fundamentos possíveis. O recurso à teoria da lesão,⁴⁰² à boa-fé objetiva,⁴⁰³ ou ao caráter moral da proteção do contratante mais fraco,⁴⁰⁴ são entendimentos bastante difundidos na doutrina nacional e estrangeira sobre o tema. Da mesma forma, observa-se um cuidado reiterado da doutrina em afastar a definição e alcance da disciplina das cláusulas abusivas do conceito de *abuso de direito*. Desde logo, rejeitou-se peremptoriamente, tanto de parte dos autores do anteprojeto do CDC,⁴⁰⁵

não tenha cumprido as suas; p) Prever a possibilidade de cessão da posição contratual por parte do profissional, se esse fato for susceptível de originar uma diminuição das garantias para o consumidor, sem que este tenha dado o seu acordo; q) Suprimir ou entravar a possibilidade de intimações judiciais ou seguir outras vias de recurso, por parte do consumidor, nomeadamente obrigando-o a submeter-se exclusivamente a uma jurisdição de arbitragem não abrangida por disposições legais, limitando indevidamente os meios de prova à sua disposição ou impondo-lhe um ônus da prova que, nos termos do direito aplicável, caberia normalmente a outra parte contratante".

400. CALAIS-AULOY/STEINMETZ. *Droit de la consommation...*, p. 186.

401. NERY JÚNIOR, Nelson. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...* 8. ed., p. 560.

402. Assim, a lição de: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

403. Defendendo a vinculação entre a disciplina das cláusulas abusivas e a boa-fé objetiva, merecem destaque os estudos do mestre Ruy Rosado de Aguiar Júnior: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 13-32; e AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 14. São Paulo: RT, p. 20-27. Da mesma forma, estruturando a noção de abusividade das cláusulas contratuais a partir da classificação da violação dos deveres originários da boa-fé: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 788. Da nova geração de estudiosos do direito do consumidor, vejam-se as conclusões de SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2005. p. 99.

404. Neste sentido: RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*, p. 167 et seq.

405. Afirmava Nelson Nery Júnior, antes da vigência do Código Civil de 2002, que o instituto das cláusulas abusivas não se confundia "com o do abuso do direito do parágrafo único do artigo 160 do

quanto da doutrina em geral,⁴⁰⁶ a identificação do conceito de abusividade e, consequentemente, de cláusula abusiva no sistema do CDC, com a categoria do abuso do direito fundada, originariamente na interpretação *a contrario sensu*, do artigo 160, I, do Código Civil de 1916, hoje estabelecida e renovada pelo artigo 187 do Código Civil de 2002.⁴⁰⁷ Em grande medida, os fundamentos desta recusa decorriam dos contornos da teoria do abuso do direito em nosso direito civil até então. No caso, identificava-se no sistema jurídico brasileiro o abuso do direito com o exercício irregular de um direito subjetivo, estabelecendo-se disputa doutrinária acerca da concepção *subjetiva* ou *objetiva* de abuso. A primeira exigindo como requisito para que se considerasse um exercício irregular de direito (logo, abusivo), a demonstração do dolo ou culpa do titular, enquanto a concepção objetiva afastava a exigência da culpa, escudando-se na tese de violação de limites implícitos no ordenamento jurídico (justo motivo, boa-fé, bons costumes, fins sociais, dentre outros).⁴⁰⁸

Ao mesmo tempo, uma segunda questão aumentou a indefinição teórica sobre o abuso do direito, com respeito a qual seria sua natureza jurídica. Neste sentido, dividiu-se a doutrina dentre os que o defendiam como *categoria autônoma*,⁴⁰⁹ distinta dos atos ilícitos e outros que sustentavam a *identidade entre ato abusivo e ilicitude*.⁴¹⁰

Esta insegurança teórica que cercava o instituto⁴¹¹ fez com que ao disciplinar as diversas condutas dos fornecedores em relação aos consumidores no CDC, o legislador e a doutrina optassem por desvincular-se da noção de abuso do direito em sua visão tradicional, ainda que a lógica da proibição e sanção do comportamento abusivo estivesse previsto em diversas disposições principais do Código (artigos 6.º, IV, 37, § 2.º, 39, e 51) e pelo menos uma vez com a referência completa (artigo 28, como hipótese autorizadora da desconsideração da personalidade jurídica).

Código Civil [sic, artigo 160, I, do Código Civil de 1916, atualmente reproduzido no artigo 188, I, do Código Civil de 2002] interpretado *a contrario sensu*". Afirmava, então, o mestre que "podemos tomar a expressão "cláusulas abusivas" como sinônima de cláusulas opressivas, cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas, ou ainda, cláusulas excessivas". NERY JÚNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 6. ed., 2000, p. 489. Na 8.ª edição dos famosos comentários ao Código pelos autores do Anteprojeto, o jurista de São Paulo reproduz sua afirmação inicial, agora fazendo referência ao artigo 187 do Código Civil de 2002. NERY JÚNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, p. 558.

406. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, p. 769.

407. NERY JUNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 558.

408. Para detalhes sobre a evolução da teoria do abuso do direito no direito brasileiro remetemos ao nosso trabalho específico sobre o tema: MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 29 e ss.

409. A respeito, veja-se um dos principais autores da teoria do abuso do direito, Louis Josserand, em suas duas obras clássicas: uma de 1905 lançando a ideia inovadora (JOSSEAND, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Arthur Rousseau Éditeur, 1905), e a segunda de 1927, e reeditada recentemente pela Editora Dalloz, na França (JOSSEAND, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 2006), na qual ele defende sua tese em sua concepção objetiva contra o entendimento dos diversos críticos.

410. No direito brasileiro, o clássico estudo de Pedro Baptista Martins, cujo original é de 1935: MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

411. Neste sentido afirmava Claudia Lima Marques até a quinta edição de sua obra: *Contratos...*, p. 769. Atualmente, observa em vista do Código Civil de 2002, uma aproximação dos paradigmas que informam a figura do abuso no direito civil e no direito do consumidor, em vista de uma nova concepção social de contrato. MARQUES, *Contratos...*, 6. ed., p. 275.

Uma análise mais atenta da doutrina e da jurisprudência – a partir, mesmo da influência do direito do consumidor – permite observar que, mesmo no direito civil, o abuso do direito está evoluindo para uma *concepção objetiva*, em grande medida auxiliado, com o advento no Código Civil de 2002, por uma cláusula geral de ilicitude que contempla sua previsão como hipótese de ato ilícito objetivo, nos seguintes termos: “também comete ato ilícito o titular de um direito que ao exercê-lo excede manifestamente aos limites impostos pela finalidade econômica e social, pela boa fé e pelos bons costumes”. Esta formulação inêdita do legislador do Código Civil brasileiro, permite, a nosso ver, a superação da disputa sobre a natureza jurídica do ato abusivo – uma vez que o próprio Código agora o define como ato ilícito – ao mesmo tempo em que, ao prescindir da culpa e do dano como elementos constitutivos da noção de ilicitude, consagra a compreensão de uma *visão socializada e objetiva do abuso do direito* (independente da comprovação da motivação subjetiva do titular do direito). Esta formulação faz surgir a possibilidade de, mesmo no direito comum, identificar-se hipóteses de abuso em que a sanção não seja o dever de reparar, mas por exemplo, a coninação de nulidade (como por exemplo o reconhecimento de cláusulas abusivas nos contratos entre civis).⁴¹²

Por outro lado, como referimos em estudo anterior, esta concepção renovada do abuso do direito permite sua aplicação com vista “à realização de objetivos jurídicos externos ao Código, como é o caso da influência e aplicação das normas constitucionais às relações jurídicas de direito privado (...) Nesse caso, a virtude manifesta da redescoberta do abuso do direito é sua utilidade como válvula de segurança em relação às consequências da estrita aplicação da lei. Tal como concebido, sob a concepção do abuso do direito se pode estabelecer um veículo para incorporação pelas normas de direito privado, no âmbito da disciplina da responsabilidade civil e nos demais âmbitos de proteção da pessoa – como por exemplo em relação à validade ou ineficácia de atos e negócios jurídicos em geral – das diretrizes constitucionais pertinentes às relações entre particulares”.⁴¹³

E esta nova concepção do abuso do direito e – por consequência – do ato abusivo, no direito civil, parece influenciar sensivelmente sua compreensão também no direito do consumidor. O diálogo das fontes que orienta a relação entre o Código Civil (lei geral) e a o Código de Defesa do Consumidor (lei especial), encontra um elemento comum, seja para aplicação – por intermédio de ambas as legislações – das diretrizes estabelecidas pela Constituição, seja para afirmar a distinção no exame *in concreto*, das situações de abuso do direito no direito comum e no direito especial do consumidor.

Daí porque, sustentamos que a exata compreensão da disciplina das cláusulas abusivas no sistema do CDC não prescinde do exame da teoria do abuso do direito, em sua concepção objetiva e renovada (a partir do artigo 187 do CC), em vista dos limites objetivamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico ao exercício das posições jurídicas.

2.3.4.1 Natureza jurídica das cláusulas abusivas no CDC

Deve-se observar, contudo, que as concepções de abuso do direito e ato abusivo no direito civil e no direito do consumidor, embora guardem semelhança, não se confundem. Possuem, por certo, uma identidade originária quanto aos seus fins primários, de proteção do equilíbrio dos interesses das partes de uma determinada relação jurídica, e a limitação de prerrogativas

412. MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito...*, p. 25.

413. *Idem*, *ibidem*.

outorgadas pelo ordenamento jurídico em face de um interesse considerado mais relevante, seja ele a estabilidade das relações jurídicas, os interesses legítimos de uma das partes em relação à outra, ou os limites externos aos interesses individualmente considerados, como pode ocorrer – ainda que não exclusivamente – na violação dos limites impostos pelos bons costumes e dos fins sociais ou econômicos do direito.

Em direito do consumidor, todavia, o abuso do direito vincula-se a dois critérios essenciais para sua identificação e consequente controle dos atos abusivos: a) o *status* constitucional do consumidor como sujeito de direitos fundamentais; e a razão lógica deste reconhecimento como, de resto, das demais normas de proteção em nosso ordenamento: b) a presunção jurídica da sua vulnerabilidade.

Ou seja, enquanto no direito civil comum pode-se eventualmente identificar hipóteses de abuso do direito quando, a teor do recente artigo 187 do CC, houver violação dos limites ali estipulados, ou mesmo antes da nova lei, por contrariedade à boa-fé, no direito do consumidor a noção está intrinsecamente vinculada à existência de uma *ordem pública de proteção*, o que no direito brasileiro assenta-se na previsão constitucional de defesa do consumidor.

Não é demais recordar que o artigo 1.º do CDC refere tratar-se o mesmo de uma *lei de ordem pública e de interesse social*. Sobre esta definição, já referimos, com fundamento na autorizada teoria sobre a natureza e eficácia dos direitos fundamentais de Robert Alexy,⁴¹⁴ de reconhecida influência em nosso direito, que “esta característica da lei, intuitivo, tem seu fundamento na origem da norma, qual seja, o direito fundamental a uma ação positiva normativa do Estado”.⁴¹⁵

Esta ação positiva normativa de sua vez, ainda que, naquilo que diga respeito a sua definição e estrutura tenha sido confiada à *liberdade de conformação do legislador*, como ensina Canotilho, “não significa que o legislador possa dispor deles; significa apenas a necessidade da lei para garantir o exercício dos direitos fundamentais. A conformação dos direitos fundamentais impõe-se, neste contexto, como tarefa de legislação”.⁴¹⁶

O direito fundamental de proteção do consumidor, deste modo, encontra no artigo 4.º do CDC, ao reconhecer dentre os princípios da relação de consumo o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a manifestação positiva das razões para sua proteção jurídica. Este princípio, como se vislumbra da norma, importa no reconhecimento de uma situação de fato, que consagrada pela norma, importa na definição do âmbito de aplicação da proteção normativa e constitucional estabelecida em favor do consumidor.

Neste sentido, a *vulnerabilidade do consumidor*, reconhecida de modo implícito pela Constituição – que determina sua defesa/proteção – e expressamente pelo artigo 4.º, I, do CDC, é o *fundamento do reconhecimento da proteção das normas em questão ao consumidor* e, com isso,

414. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Galzón Valdés. Madrid: CEPC, 2002, p. 194. O mestre alemão, em sua reconhecida doutrina, distingue o direito fundamental a ações positivas do Estado em dois grupos, “el del aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y el de aquellos cuyo objeto es una acción normativa”. No caso, a ação positiva normativa se dá no texto constitucional brasileiro em dois momentos, quando reconhece o direito fundamental de proteção do consumidor (artigo 5.º, XXXII), e quando estabelece ao legislador o dever de promulgar em 120 dias, um Código de Defesa do Consumidor (artigo 48 do ADCT). No mesmo sentido o artigo 170, V, que estabelece a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

415. MIRAGEM, Bruno. *O direito do consumidor como direito fundamental...*, p. 118.

416. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1.131-1.132.

também do *abuso do direito no microsistema do direito do consumidor*. Enquanto no direito civil comum, o desrespeito dos limites impostos pelos fins econômicos ou sociais, pela boa-fé e pelos bons costumes, implica a caracterização da conduta abusiva, no direito do consumidor esta se dá por uma posição de dominância do fornecedor em relação ao consumidor. Esta é uma presunção jurídica em favor do consumidor que fundamenta as normas de proteção. O abuso do direito no direito do consumidor, neste sentido, é antes o abuso de uma posição jurídica dominante de uma das partes (*Machtstellung einer Partei*),⁴¹⁷ do fornecedor no mercado de consumo, cujo reconhecimento qualifica determinados modos de exercício da liberdade de contratar como abusivos, sobretudo quando este exercício de algum modo se utiliza ou aproveita da vulnerabilidade do consumidor.⁴¹⁸

Com respeito ao direito dos contratos, é evidente que uma mesma cláusula, por ser contrária, por exemplo, à boa-fé, pode qualificar-se como abusiva tanto em um contrato de consumo, quanto em um contrato civil.⁴¹⁹ Contudo, é certo igualmente que cláusulas contratuais que se considerem abusivas em um contrato de consumo, não necessariamente o sejam em um contrato entre civis. Isto porque, neste último caso, a liberdade de contratar das partes será exercida na mesma intensidade, entre sujeitos que possuam qualidades que os tornem aptos a atuarem em mesmo nível na defesa de seus interesses no contrato, afastando-se, portanto, a caracterização do abuso. O que determina o caráter abusivo destas cláusulas em um contrato de consumo é exatamente a consideração da vulnerabilidade de um dos sujeitos contratuais, o consumidor.

Dentre os vários exemplos possíveis desta distinção, suponha-se uma cláusula contratual de eleição do foro contratual, ou seja, do foro onde as partes, na hipótese de litígio sobre os termos do contrato e sua execução, poderão recorrer ao Poder Judiciário para solver tais questões. A princípio, e desconsiderando circunstâncias específicas da contratação, em um contrato civil, regulado pelo Código Civil, estipulação com este conteúdo não deverá ser considerada abusiva. Por outro lado, tratando-se de um contrato de consumo, sendo estipulado foro de eleição diferente do domicílio do consumidor (violando, deste modo, seu direito básico de acesso à justiça), a jurisprudência não hesita em qualificá-la como cláusula abusiva.⁴²⁰

Deste vínculo lógico entre o abuso do direito e a vulnerabilidade do consumidor no CDC é que resulta o caráter abusivo de determinadas condutas do fornecedor e, da mesma forma, cláusulas abusivas que – observada a desigualdade fática entre os sujeitos contratuais – coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada em relação ao fornecedor.

417. MARQUES, Claudia Lima. Prefácio da Obra de Cristiano Heineck Schmitt. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2006. p. 23.

418. MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito...*, p. 37-39.

419. Neste sentido, veja-se no direito francês, veja-se a introdução de Jacques Ghestin, ao estudo coordenado por Cristophe Jamin e Denis Mazeaud: JAMIN, Cristophe; MAZEAUD, Denis. *Les clauses abusives entre professionnels*. Paris: Economica, 1998. p. 3-14.

420. Neste sentido, decisão do STJ no REsp 201.195/SP, rel. Min Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 7.12.2000. Por outro lado, nos contratos em geral, segundo o STJ, a cláusula de eleição de foro não será considerada ineficaz, salvo nas seguintes hipóteses: a) quando a parte aderente não tenha compreensão do sentido e alcance da disposição; b) quando, em razão da cláusula, o acesso ao Poder Judiciário tornar-se inviável ou especialmente difícil; e c) quando se tratar de contratos de obrigatoria adesão que tenham por objeto produto ou serviço fornecido com absoluta exclusividade por determinada empresa (STJ, REsp 56.711-4/SP, 4.ª T., j. 07.02.1995, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 20.03.1995, p. 6.128).

A identificação da vulnerabilidade do consumidor a partir do seu reconhecimento legal (artigo 4.º, I, do CDC) permite, é certo, a identificação das circunstâncias e as razões pelas quais determinadas condutas serão consideradas abusivas, assim como o fato de que o sujeito ativo desta atuação abusiva será sempre o fornecedor (em razão de sua posição dominante – *Macht-position*). Todavia, não são capazes de fundamentar completamente a rejeição absoluta do direito à sua validade, o que em relação às cláusulas abusivas é especialmente verdadeiro se considerarmos que o artigo 51 do CDC conina a tais cláusulas sua sanção mais severa, a nulidade. E isto se considerarmos que nos contratos de consumo a regra é de invalidade parcial, estabelecendo-se dever do juiz para promoção de esforços de integração (artigo 51, § 2.º) visando preservar a parte válida do contrato (nulidade parcial,⁴²¹ atingindo apenas a cláusula considerada abusiva).⁴²²

Esta particularidade no microsistema de direito do consumidor brasileiro é identificada por Claudia Lima Marques, que ao reportar-se às soluções adotadas em outros sistemas jurídicos, refere: “Observa-se, no direito comparado, que as sanções para evitar a prática da inclusão de cláusulas abusivas são sua ineficácia (*Unwirksamkeit*) como no direito alemão (§ 307, 308 e 309 do BGB-Reformado que incorporou a lei alemã de 1976, § 9, 10, 11 AGBGB), sua declaração como “não escritas” ou sua não inclusão no contrato (antigo artigo 35 da lei francesa de 1978 e 305, 1, do BGB-Reformado, antigo § 3.º da lei alemã), expressão tradicional que uns consideram semelhante à existência e outros aproximam da nulidade e, por fim, sua nulidade (lei portuguesa, luxemburguesa, brasileira), o que também leva a sua ineficácia”.⁴²³ Em outro sentido expôs Vera Maria Fradera, seguindo aquilo que denomina como uma abordagem clássica, sustentando que o legislador do CDC equivocou-se a estabelecer a nulidade das cláusulas abusivas, quando a hipótese em verdade seria de ineficácia.⁴²⁴

Parece-nos, contudo, que a sanção com relação às cláusulas abusivas deva ser realizada não apenas em relação ao artigo 51, *caput*, do CDC, que em verdade é resultado de uma série de disposições de proibição das cláusulas abusivas. Note-se que o artigo 6.º, IV, do próprio Código, estabelece como direito básico do consumidor “a proteção (...) contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. Da mesma forma o artigo 1.º do CDC consagra-o – já referimos antes – como “lei de ordem pública e interesse social”.

A ordem pública, enquanto conceito indeterminado aplicável ao direito interno, não tem como ser compreendida sem a compreensão do que se convencionou denominar entre nós *constitucionalização do direito privado*, que se apresenta, de modo destacado, através da denominada *eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*.⁴²⁵ Todavia, em acordo com a

421. Sobre nulidade parcial do negócio jurídico, veja-se: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. IV Rio de Janeiro: Borsó, 1970. p. 51-52.

422. Sobre a redução do negócio jurídico de consumo, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, p. 770 *et seq.* No mesmo sentido: BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor. Conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: RT, 2002. p. 34-35.

423. MARQUES. *Contratos...*, p. 770-771.

424. FRADERA, Vera Maria Jacob. A ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Uma abordagem clássica. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 43, p. 316-324. São Paulo: RT, jul.-set. 2002.

425. A doutrina costuma distinguir, em acordo com a experiência do direito comparado, sobretudo a influência do direito alemão, entre a eficácia direta e a eficácia indireta dos direitos fundamentais. No primeiro caso, a aplicação das normas constitucionais relativas a direitos fundamentais de modo direto, sem intermediação do direito legislado infraconstitucional, às relações entre particulares,

visão clássica de direito privado, como anota Francisco Amaral, quando refere-se ao seu caráter restritivo com relação à autonomia privada a define como “conjunto de normas jurídicas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”.⁴²⁶

No caso do âmbito de aplicação, para fins de identificação e sanção das cláusulas contratuais abusivas, considerando seu caráter nitidamente restritivo da liberdade de contratar, deve-se observar uma distinção clara entre um âmbito de aplicação material – indistinto a contratos entre iguais ou desiguais – e um âmbito de aplicação pessoal.⁴²⁷

Enquanto na primeira hipótese a noção de abuso do direito é determinada pela violação de limites gerais ao exercício das prerrogativas jurídicas pelo autor do ato abusivo, na segunda hipótese, relativamente aos contratos estabelecidos entre desiguais, o reconhecimento do caráter abusivo da conduta de um dos contratantes e sua proibição são estabelecidos a partir de uma *ordem pública de proteção*, em favor dos presumidamente vulneráveis na relação entre desiguais.⁴²⁸ Neste sentido demonstra Abbas Karimi, observando que este debate no direito francês é estabelecido em razão o disposto no artigo 132-1 do *Code de la Consommation*, que refere a possibilidade de identificarem-se cláusulas abusivas “dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs” (“dos contratos concluídos entre profissionais e não profissionais ou consumidores”).⁴²⁹ Trata-se, como se sabe, de uma *discriminação justificada*⁴³⁰ – constitucionalmente prevista no direito brasileiro – para que se estabeleça uma igualdade por intermédio do direito, embora sustente-se atualmente a possibilidade, igualmente, de identificação de cláusulas abusivas também nos contratos celebrados entre profissionais.⁴³¹

reguladas pelo direito privado. No caso da eficácia indireta, a norma constitucional tem sua aplicação intermediada por uma norma legal, dando-lhe precisão de sentido e extensão. Neste sentido, tratamos em nosso: MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa...*, p. 91. Para maiores detalhes veja-se: CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 606. Entre nós: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 396-397. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 211-232; HECK, Luís Afonso. *Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 111-125. Para a experiência em direito estrangeiro, sobretudo no direito alemão, veja-se: CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006. p. 25 et seq.

426. AMARAL, Francisco. *Autonomia privada*. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, v. 3, n. 9. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, set.-dez. 1999. p. 25-30.

427. KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Paris: L.G.D.J., 2001. p. 223 et seq.

428. STOFFEL-MUNCK, Philippe. *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*. Paris: L.G.D.J., 2000. p. 295.

429. KARIMI. *Les clauses abusives...*, p. 259.

430. BERTHIAU, Dennis. *Le principe d'égalité et le droit civil des contrats*. Paris: L.G.D.J., 1999, p. 151-152. No mesmo sentido: CALAIS ALOU/STEIMETZ. *Droit de la consommation*. p. 18-20.

431. Vejam-se neste sentido, os diversos estudos organizados por Cristophe Jamin e Denis Mazeaud: JAMIN, Cristophe; MAZEAUD, Denis. *Les clauses abusives entre professionnels*. Paris: Economica, 1998.

No direito brasileiro, a natureza protetiva da legislação infraconstitucional, decorrente da natural especificação dos direitos,⁴³² reconhecendo-os a novos sujeitos como o consumidor, deve colocar em relevo, necessariamente, o fato de que decorre diretamente da Constituição⁴³³ e, no caso, do catálogo de direitos fundamentais, previsto no seu artigo 5.º. Trata-se do que, em meados do século passado, o jurista francês Georges Ripert identificou como um *afeto da democracia pelos pequenos*,⁴³⁴ fundamentando a intervenção o Estado em seu favor. A *ordem pública de proteção do consumidor*, assim, é uma *ordem pública constitucional de proteção* (ao lado da ordem pública constitucional de direção).⁴³⁵

2.3.4.2 Eficácia da proteção do consumidor contra cláusulas abusivas

A proteção do consumidor em relação às cláusulas abusivas nos contratos de consumo compreende basicamente três aspectos: a) a identificação das espécies de cláusulas abusivas e sua natureza; b) a sanção legal da abusividade, que no sistema do CDC é o da nulidade de pleno direito; e c) os procedimentos de controle do conteúdo dos contratos, estabelecendo quem será competente para exercê-lo, assim como seus resultados, que no caso dos contratos de consumo será, quando possível, a redução do negócio jurídico com a respectiva manutenção do contrato no interesse do consumidor. O prazo que vem sendo reconhecido pelo STJ para exercício da pretensão de revisão de cláusulas abusivas em contratos de consumo é de dez anos, nos termos do artigo 205, do Código Civil.⁴³⁶

São estes os aspectos previstos na sistemática da proteção do consumidor brasileiro, que passamos a examinar.

2.3.4.2.1 Nulidade de pleno direito

Estabelece o CDC, como sanção típica cominada às cláusulas contratuais abusivas, sua nulidade de pleno direito, de acordo com o que estabelece o artigo 51, *caput*. Trata-se, a priori,

432. A expressão é de: BOBBÍO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. São Paulo: Campus, 1992. p. 62-63.

433. Neste sentido o exame de Claudia Lima Marques a respeito das repercussões da decisão do Supremo Tribunal Federal ao julgar improcedente a ADIn 2.591, pela qual a Confederação Nacional das Instituições Financeiras – CONSIF – buscava reconhecer a inconstitucionalidade da aplicação do CDC às instituições bancárias, de crédito e securitárias. A decisão de improcedência da ação, em nosso sistema produz a eficácia inversa à postulada na ação direta em sede de controle concentrado, ou seja, consagra a plena constitucionalidade da aplicação da norma impugnada. Daí a importância da decisão em destaque, que segundo a jurista gaúcha, trata-se de verdadeiro *leading case* sobre a força normativa da Constituição, a vincular o juiz-intérprete”. MARQUES, Claudia Lima. A vitória na ADin 2.591 e os reflexos no direito do consumidor bancário da decisão do STF pela constitucionalidade do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; ALMEIDA, João Batista de; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos bancos*. ADin 2.591. São Paulo: RT, 2006. p. 363-395.

434. RIPERT, Georges. *O regime democrático e o direito civil moderno*. Trad. J. Cortezão. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 158.

435. A distinção doutrinária é assente entre nós, destacando-se, entre outros: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 579; e FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 123.

436. STJ, REsp 995.995/DF, 3.º T., j. 19.08.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 16.11.2010; AgRg no AREsp 112187/SP, 3.º T., j. 19.06.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 08.06.2012; e REsp 1261469/RJ, 3.º T., j. 16.10.2012, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 19.10.2012.

pio, da mais intensa sanção civil prevista no ordenamento, que implica a rejeição absoluta de validade para a cláusula em questão. A nulidade de pleno direito, ou absoluta, segundo a lição de Pontes de Miranda, é aquela que implica a invalidade do ato nulo, sem que haja possibilidade de saneamento e convalidação do mesmo.⁴³⁷ O legislador brasileiro, conforme refere Claudia Lima Marques, preferiu referir em uma só relação quais as espécies de cláusulas abusivas e sua sanção de nulidade,⁴³⁸ diferente da experiência de direito estrangeiro, como no caso do direito alemão, que prefere a distinção das cláusulas abusivas em cláusulas que serão ineficazes por força de lei (lista negra de cláusulas abusivas) e uma segunda relação, cuja determinação da ineficácia dependerá da apreciação judicial.

A cominação da nulidade absoluta das cláusulas abusivas suscitou vivo debate na doutrina, quanto à correção técnica do legislador na adoção desta sanção civil. Muitos argumentaram, no princípio, de que a sanção própria das cláusulas abusivas em nosso sistema seria a de nulidade pendente de rescisão,⁴³⁹ ou ainda a ineficácia.⁴⁴⁰ Regra geral, as críticas à utilização do termo nulidade absoluta sustentam-se no fato de que a nulidade deverá ser arguida pelo interessado, ao mesmo tempo em que nem todas as nulidades previstas no CDC seriam evidentes, dependendo muitas delas de dilação probatória por parte do juiz, avaliando as circunstâncias do caso.⁴⁴¹ Outro óbice eventualmente alegado para a cominação de nulidade da cláusula abusiva, é a possibilidade excepcional de sua modificação, prevista no artigo 6.º, V, do CDC.

Em relação a estas críticas, entretanto, posicionou-se Nelson Nery Júnior, afirmando que o sistema de nulidades do CDC não pode ser identificado com o do Código Civil, Código Comercial ou Código de Processo Civil, uma vez que “as invalidades, modernamente, reclamam tratamento microsistêmico”. Neste sentido, afirma o mestre paulista, “o CDC afastou-se do sistema de nulidades do Código Civil, restando, pois, superado o entendimento de que as nulidades *pleno jure* independem de declaração judicial para se fazer atuar, e de que as nulidades absolutas precisam de sentença judicial para produzirem seus efeitos no ato ou negócio jurídico”.⁴⁴² No regime do CDC, a nulidade de pleno direito decorre de ofensa à ordem pública de proteção do consumidor, devendo ser reconhecida judicialmente mediante ação ou exceção oposta pelo consumidor, ou ainda reconhecida de ofício⁴⁴³ pelo juiz. De fato, a experiência brasileira na aplicação do CDC vem demonstrando a opção da jurisprudência no reconhecimento da invalidade da cláusula – não do negócio – cumprindo ao juiz promover os esforços de integração do contrato, preenchendo a lacuna decorrente da nulidade da cláusula em vista da boa-fé e do equilíbrio contratual. Os tribunais brasileiros, neste sentido, vêm reconhecendo a possibilidade de decretação de ofício⁴⁴⁴ da nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

437. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, t. 4. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, p. 51-52.

438. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 779-780.

439. BECKER, Anelise. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de direito do consumidor*, v. 21, p. 122 et seq. São Paulo: RT.

440. FRADERA, Vera Maria Jacob. *A ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro...*, p. 316-324.

441. NEGREIROS. *Teoria do contrato...*, 2. ed., p. 186-187.

442. NERY JÚNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 559-560.

443. *Idem*, p. 561; MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 778.

444. *Civil. Contrato bancário. Revisão. De ofício. Possibilidade*. 1. O STJ tem preconizado a possibilidade de rever, de ofício, cláusulas contratuais consideradas abusivas, para anulá-las, com base no artigo 51, IV, do CDC. Nesse sentido: REsp 248.155/SP, DJ 07.08.2000 e REsp 503.831/RS, DJ 05.06.2003. 2. Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no REsp 578.715/SC, rel. Min. Fernando Gonçalves; j.

Neste sentido, admite-se igualmente a possibilidade de revisão contratual visando à decretação da nulidade da cláusula do contrato de consumo, abrangendo inclusive a revisão do contrato original que tenha sido objeto de novação.

Exceção a isto, contudo, é o recente entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que resultou na edição da Súmula 381, daquela Corte, com a seguinte redação: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”. Note-se que aqui se trata de súmula impeditiva de recurso, em acordo com a nova sistemática de restrição à admissibilidade de recursos especiais estabelecidas pelo artigo 1.036 do CPC/2015.⁴⁴⁵

Em primeiro lugar, em razão de disposição expressa de lei, as cláusulas abusivas nos contratos de consumo são nulas de pleno direito (artigo 51, CDC). Os contratos bancários, por sua vez, são contratos de consumo, conforme clara definição legal (artigo 3.º, § 2.º, CDC), bem como a decisão do STF na ADIn 2.591/DF.⁴⁴⁶ E embora a súmula esteja a se referir à abusividade,

02.09.2004, DJU 20.09.2004, p. 299). No mesmo sentido: “*Apelação cível. Arrendamento mercantil. Ação revisional de contrato. Código de defesa do consumidor. Aplicabilidade e alcance.* As operações de concessão de crédito e financiamento aplica-se o CODECON, visto que plenamente caracterizado o conceito de consumidor (artigo 2.º) e de fornecedor (artigo 3.º), nos exatos termos da lei consumerista, entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula 297. Sendo as normas de ordem pública e interesse social, cabe ao julgador a decretação de nulidade de cláusula contratual, inclusive de ofício, quando nula de pleno direito, entendimento pacífico nesta Câmara. *Juros remuneratórios.* Considera-se abusiva e, então, nula de pleno direito, a aplicação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, visto que acarreta onerosidade excessiva. A limitação da taxa de juros, ao invés de causar grave desequilíbrio na relação estabelecida, reintroduz, sim, no pacto, o equilíbrio, a equidade e a simetria das prestações. *Capitalização de juros.* A capitalização de juros é admitida somente nos casos previstos em lei, mesmo que ajustada. Por outro lado, a ausência de pactuação expressa quanto à capitalização na forma mensal (Medida Provisória n. 2.170-36/01) inviabiliza a sua incidência no caso concreto *Comissão de permanência.* Vedada sua cobrança, pois não deixa opção ao cliente – potestatividade – ficando ele submetido à vontade do credor; ofensa ao artigo 51, IV, do CODECON e artigo 122 do Código Civil. *Juros moratórios.* Reduzidos ao percentual máximo de 1% ao ano, diante da determinação do artigo 5.º do Decreto 22.626/33. *Mora descharacterizada.* Constatada a abusividade dos valores cobrados atinentes à remuneração do capital, são inexigíveis os encargos decorrentes da mora, eventualmente incidentes, até o recálculo do débito. *Da contratação do seguro.* A cláusula que obriga o consumidor à contratação de seguro do bem objeto da pactuação, bem como determina que o beneficiário seja a própria instituição financeira afronta manifestamente o CDC, impondo-se a declaração de nulidade. *Compensação/repetição do indébito.* Constatada a cobrança de valores ilegais e abusivos, cabível a compensação e/ou repetição simples dos valores pagos indevidamente, sob pena de enriquecimento sem causa da instituição financeira. *Negado provimento ao apelo com disposições de ofício*” (TJRS, 14.ª Cam. Civ., ApCiv 70.014.705.628, j. 08.06.2006, rel. Des. Judith dos Santos Mottecy).

445. Sobre o tema, remeto a estudo publicado: MIRAGEM, Bruno. Nulidades das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, 72. São Paulo: RE, out.-dez./2009.

446. “Artigo 3.º, § 2.º, do CDC. Artigo 5.º, XXXII, da CF/88. Artigo 170, V, da CF/1988. Instituições financeiras. Sujeição delas ao Código de Defesa do Consumidor. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza como destinatário final, atividade bancária, financeira, de crédito e securitária. 3. O preceito veiculado pelo artigo 3.º, § 2.º, do CDC deve ser interpretado em coerência com a Constituição” (EDcl na ADIn 2.591, j. 14.12.2006,

uma vez que toda a cláusula abusiva será nula, a vedação ao conhecimento de ofício da abusividade abrange, por óbvio, também proibição de que se pronuncie a nulidade de pleno direito prevista na lei. Um segundo aspecto a ser considerado é de que, a aplicar-se a súmula, duas seriam as espécies de contratos de consumo. De um lado os contratos bancários, em relação aos quais os juízes não podem conhecer de ofício cláusulas abusivas nulas, e os demais contratos de consumo, cuja declaração de ofício da nulidade de cláusula abusiva é inclusive legitimada pelo próprio tribunal, como demonstra ao reconhecer a possibilidade do reconhecimento pelo juiz, independente de requerimento da parte, da nulidade das cláusulas de eleição de foro.⁴⁴⁷

Daí porque se afigura de todo conveniente um reencontro com os fundamentos da nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas nos contratos de consumo, visando estimular o debate sobre a natureza da proteção do consumidor no direito brasileiro. E, sobretudo, investigar qual o sentido de se tratar em as normas do Código de Defesa do Consumidor de normas de ordem pública e interesse social – conforme prevê expressamente seu artigo 1.º. Surge daí uma importante reflexão que, de certo modo, une o passado e o futuro do direito do consumidor. O desenvolvimento e efetividade do direito do consumidor brasileiro, em boa medida, resultam da construtiva interpretação e aplicação pela jurisprudência. Este direito dos juízes, inclusive desenvolve, a partir da interpretação e aplicação das normas do direito do consumidor, noções e significados que posteriormente foram transpostos para o sistema geral,⁴⁴⁸ do Código Civil de 2002.

O tratamento unitário da proibição das cláusulas abusivas é uma opção do legislador brasileiro. Se é certo que em dadas situações o caráter abusivo decorre do exercício posterior à celebração, durante a execução do contrato, de determinada prerrogativa que esta mesma cláusula encerra – o que em tese aproximaria da ineficácia (“não seria abusivo se exercido de determinado modo, ou a determinado tempo [...]”),⁴⁴⁹ em outros casos, o enquadramento de uma determinada situação concreta das hipóteses previstas nos incisos do artigo 51, ou ainda como violação às demais normas do Código de Defesa do Consumidor, aproxima o caráter abusivo da ilicitude, com sobradas razões para declaração de nulidade.

A sanção de nulidade, embora referida expressamente no artigo 51 do CDC, tem seu fundamento não exclusivamente nesta norma, mas em uma série de disposições de proibição das

rel. Min. Eros Grau, *DJ* 13.04.2007). Vejam-se nossos comentários à decisão: Miragem, Bruno. A ADIn 2.591 e a constitucionalidade da aplicação do CDC às instituições bancárias, de crédito e securitárias: Fundamento da ordem pública constitucional de proteção do consumidor. *RDC* 61/287. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2007.

447. Note-se, neste sentido a decisão do STJ, mesmo posterior à edição da Súmula 381, do STJ: “Conflito de competência. Contrato bancário. Financiamento com garantia de alienação fiduciária. Foro contratual. Ação proposta pelo consumidor. Renúncia ao foro do domicílio. Possibilidade. 1. Segundo entendimento desta Corte, nas ações propostas contra o consumidor, a competência pode ser declinada de ofício para o seu domicílio, em face do disposto no artigo 101, inciso I, do CDC e no parágrafo único, do artigo 112 do CPC. 2. Se a autoria do feito pertence ao consumidor, contudo, permite-se a escolha do foro de eleição contratual, considerando que a norma protetiva, erigida em seu benefício, não o obriga quando puder deduzir sem prejuízo a defesa dos seus interesses fora do seu domicílio. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 3.ª Vara Cível de Porto Alegre/RS” (STJ, CC 107.441/SP, 2.ª Seção, j. 22.06.2011, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *Dje* 01.08.2011).

448. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 20.

449. STJ, REsp 466.667/SP, j. 27.11.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJ* 17.12.2007.

cláusulas abusivas. Note-se que o artigo 6.º, IV, do CDC, estabelece como direito básico do consumidor “a proteção (...) contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços”. Da mesma forma o artigo 1.º do CDC consagra-o – já referimos antes – como “lei de ordem pública e interesse social”.

No mesmo sentido percebe-se em direito comparado que de resto identifica como consequência da violação da ordem pública mediante realização de ato jurídico a nulidade do referido ato. No caso, como ensina Vicent-Legoux, esta nulidade se aplica às cláusulas contratuais que violem a ordem pública econômica de direção.⁴⁵⁰ Em verdade, a ordem pública econômica de direção tem a aptidão de limitar todos os aspectos da livre formação dos atos jurídicos, tais como a definição dos seus elementos essenciais, a escolha de com quem contratar, a forma e o processo de celebração do contrato. Assim, é protegida mediante a decretação da nulidade absoluta da cláusula. Estabelece, pois, espécie de restrição da liberdade de criação do direito por intermédio da vontade das partes.⁴⁵¹

A ilicitude conduz à indenização, quando do ato ilícito decorram danos (artigo 927 do CC/2002). Mas, igualmente, conduz à invalidade, sanção de rejeição do ordenamento jurídico. O ato abusivo é ilícito. Assim também as cláusulas contratuais abusivas que se afiguram no sistema do Código de Defesa do Consumidor como cláusulas proibidas. Porque abusivas, proibidas. E logo, ilícitas. A lei, ao estabelecer regra cogente, protege sua eficácia por intermédio de uma sanção que indique a autoridade do comando normativo.⁴⁵² Pode ocorrer que nem sempre a lei faça referência expressa à sanção. Neste sentido, inclusive, o próprio Código Civil, ao disciplinar as hipóteses de nulidade do negócio jurídico, refere como tal, aquele que “a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática sem cominar sanção” (artigo 166, VII, CC/2002). No direito anterior (Código Civil de 1916), o artigo 145, V, do CC/1916 estabelecia ser nulo o ato jurídico, “quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou lhe negar efeito”.

Sendo o abuso proibido, mesmo se não houvesse indicação expressa de sanção (o que não é o caso das cláusulas abusivas do Código de Defesa do Consumidor), algumas seriam as soluções possíveis, mediante investigação sistemática. Desde a sanção de nulidade, por violação do preceito, até a retirada de um ou mais efeitos do ato ou negócio praticado em violação da regra cogente.⁴⁵³

Em relação ao contrato, note-se que a proteção do contratante se opera de distintas formas. No Código Civil, pela disciplina dos defeitos do negócio jurídico, a presença de erro, dolo, coação, fraude a credores, lesão ou estado de perigo conduz à anulabilidade do contrato. Será hipótese de anulabilidade porquanto se admita ao titular do interesse disponível decidir sobre a oportunidade e conveniência de requerer a anulação. Protege-se liberdade e consciência da vontade do declarante em vista de seus próprios interesses, bem como a possibilidade do beneficiário do contrato impedir, em determinadas circunstâncias, a anulação (artigos 144 e 157, § 2.º, do CC/2002). Anula-se, da mesma forma, o contrato *in totum*, não parte dele, porquanto haja aqui vício que afeta a própria causa do negócio.

450. VINCENT-LEGOUX, Marie Caroline. *L'ordre public. Étude de droit comparé interne*. Paris: PUF, 2001. p. 142-143.

451. *Idem*, p. 143-144.

452. Sobre o caráter sancionatório da invalidade: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Op. cit.*, p. 192 et seq.; MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico. Plano da existência*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 251.

453. PONTES DE MIRANDA. *Op. cit.*, p. 194.

Nos contratos civis, a nulidade decorre apenas da ausência de seus elementos essenciais (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei) ou quando o comportamento das partes dirige-se para violação de preceitos da ordem jurídica. Não se protege aqui o interesse dos contratantes, mas a autoridade do direito (artigos 166, III a VI, e 167, do CC/2002). No caso de nulidade parcial, contudo, reconhece-se a possibilidade de manutenção da parte válida do negócio celebrado, conforme prevê o artigo 184 do CC/2002, ao dispor que: “Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável”, prosseguindo, contudo, ao dispor que “a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal”.

No contrato de consumo, a invalidade parcial do negócio é a regra, mediante nulidade das cláusulas abusivas, sobretudo porque é reconhecido o *direito de manutenção do contrato* por parte do consumidor.

Faz referência o artigo 51, *caput*, do CDC à nulidade de pleno direito. A nulidade de pleno direito, ou absoluta, segundo a lição de Pontes de Miranda, é aquela que implica a invalidade do ato nulo, sem que haja possibilidade de saneamento e convalidação do mesmo.⁴⁵⁴

Convém distinguir a definição científica de nulidade. Clóvis Beviláqua explicita as dificuldades de precisão do conceito, sem, contudo, perder de vista o essencial. Ensina o mestre: “O acto foi praticado contra as prescripções da lei? É nullo, quer dizer, não tem existência legal. *Ea quae lege fieri prohibentur si fuerint facta, non solo inutilia, sed pro infectis, etiam habentur*, ainda se diz no direito imperial. Mas este rigor de lógica jurídica pareceu excessivamente rígido, e começaram os abrandamentos do direito pretoriano a crear distincções, das quaes resultava que uns actos eram nullos de pleno direito e outros necessitavam de uma acção em justiça e de uma sentença para serem declarados nullos”.⁴⁵⁵ A nulidade é meio de assegurar respeito à lei, podendo haver, conforme bem assinalam Ripert e Boulanger, dentre as nulidades absolutas, as que se denominam *nulidades de ordem pública*, consideradas como as revestidas de tal gravidade contra o interesse coletivo, que podem ser decretadas de ofício pelo juiz.⁴⁵⁶ Na mesma linha Mazeud e Chabas, ao ensinar que “as nulidades absolutas sancionam a violação de uma regra de ordem pública, as nulidades relativas a violação de regras editadas para a proteção de interesses privados”.⁴⁵⁷

A noção de nulidade de pleno direito segue tradição histórica romana (*ipso iure*), distinguindo basicamente as nulidades que, sendo de pleno direito não precisariam sequer ser objeto de decretação judicial, sendo as demais hipóteses dependentes da obtenção de uma fórmula do magistrado para poderem ser reconhecidas.⁴⁵⁸ O modo como foi desenvolvida pelo direito moderno identificou a nulidade de pleno direito tanto com a circunstância de que sua caracterização é independente da decretação pelo magistrado, quanto à identificação de um dever do juiz de pronunciá-las independente de requerimento expresso, sempre quando delas tiver conhecimento.

454. *Idem*, p. 51-52.

455. BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria geral do direito civil*. São Paulo: Red, 1999. p. 334.

456. RIPERT, Georges. Boulanger, Jean. *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*. Trad. Delia García Dareaux. Buenos Aires: La Ley, 1963. v. 1, p. 456-457.

457. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; MAZEAUD, Jean; CHABAS, François. *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*. 12. ed. Paris: Montchrestien, 2000, p. 492.

458. MAZEAUD; MAZEAUD; MAZEAUD; CHABAS. *Op. cit.*, p. 493.

No direito brasileiro, explica Clóvis Beviláqua, a reação da ordem jurídica em relação à violação dos preceitos estabelecidos se dá "de modo mais ou menos violento, mais ou menos decisivo, segundo os interesses feridos pela ilegalidade do acto. Quando o acto ofende princípios básicos da ordem jurídica, princípios garantidores dos mais elevados interesses da colectividade, é bem de ver que a reacção deve ser mais enérgica, a nulidade deve ser de pleno direito, o acto é nullo. Quando os preceitos que o acto contraria são destinados mais particularmente a proteger os interesses das pessoas (...) a reacção é atenuada pela vontade individual que se interpõe. O acto neste caso, é apenas anulável."⁴⁵⁹ Na tradição do direito brasileiro o Regulamento 737 de 1850, que dá origem à disciplina das nulidades no direito privado, usava a expressão nulidade de pleno direito, distinguindo-a em nulidade de pleno direito absoluta e relativa, sendo as primeiras passíveis de serem alegadas por qualquer interessado e as segundas apenas pelas pessoas que favorecem ou seus herdeiros.⁴⁶⁰ Apenas as nulidades de pleno direito absolutas podiam ser pronunciadas de ofício, não podendo ser relevadas pelo juiz quando constem de documento ou de prova literal.⁴⁶¹

O reconhecimento da nulidade de pleno direito pelo juiz é comum aos sistemas de direito romano-germânico.⁴⁶² Neste sentido, é correto identificar no regime das nulidades, que estas operam de pleno direito, ou seja, "não se torna necessário intentar uma ação ou emitir uma declaração nesse sentido, nem uma sentença judicial prévia, e podem ser declaradas *ex officio* pelo tribunal".⁴⁶³ No direito do consumidor francês, inclusive, mudança recente, de 2008, por intermédio da denominada *Loi Chatel*, consagra expressamente a possibilidade do juiz reconhecer de ofício a abusividade das cláusulas contratuais, desenvolvendo possibilidade já sustentada na doutrina especializada.⁴⁶⁴ Assim, o novo artigo 141-4, acrescentado ao *Code de la consommation* francês: "Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application".

Dai porque a sanção de nulidade absoluta, passível do reconhecimento de ofício pelo juiz, ou seja, independente de requerimento da parte interessada (do consumidor), não pode ser restringida pela jurisprudência (como é o caso do conteúdo da atual súmula 381, do STJ),⁴⁶⁵ embora, conforme já se disse, deva ser aplicada com prudência e devida fundamentação pelo juiz.

2.3.4.2.2 Redução do negócio jurídico

A invalidade da cláusula contratual abusiva não atinge a integridade do contrato. Em outros termos, a nulidade da cláusula não implica a nulidade do contrato, porquanto o CDC

459. BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 346-347.

460. Idem, p. 347.

461. Idem, p. 346-347. No mesmo sentido: CARVALHO, Francisco Pereira de Bulhões. *Sistema de nulidades dos atos jurídicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 54.

462. GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. 13. ed. Padova: Cedam, 2006. p. 286.

463. MOTA PINTO, Carlos Alberto. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996. p. 611.

464. KARIMI, Abbas. Op. cit., p. 336-339.

465. A Súmula 381 do STJ, neste sentido, só admite aplicação considerada como exigência de que o juiz, ao reconhecer a abusividade e decretar a nulidade, apoie-se em paradigmas objetivos para demonstração de abusividade da cláusula. Não a restrição à decretação de ofício em si, entendimento que contradiz texto expresso de lei (artigo 51, do CDC). É certo que a decretação de ofício, pressupondo — como o faz — o reconhecimento da abusividade de cláusula contratual, exige fundamentação adequada do juiz, o que se encontrará na abrangência do exame recursal.

estabelece ao juiz o dever de esforçar-se no sentido de integrar o contrato e colmatar a lacuna decorrente da nulidade pronunciada. Esta situação pela qual a invalidade de parte do contrato não contamina todo ele, é conhecida como *redução do negócio jurídico*. Neste sentido, tem lugar a redução do negócio jurídico, mesmo em direito civil, quando a invalidade de determinadas cláusulas do contrato não afeta as válidas, desde que não ligadas a elas por vínculos de subordinação⁴⁶⁶ (ou seja, que a parte que se deseja considerar válida não seja dependente do ponto de vista lógico ou funcional, da parte inválida). Trata-se, pois, de espécie de *redução legal*,⁴⁶⁷ determinada por força do que dispõe o artigo 51, § 2.º, do CDC.

O fundamento desta redução do contrato de consumo, e da clara intenção do legislador em promover a conservação do contrato em sua parte válida, está na existência de um *direito básico do consumidor à manutenção do contrato*. Esta direito decorre basicamente, da função do contrato no atendimento de uma necessidade ou expectativa futura. Trata-se o contrato, muitas vezes, de instrumento de estabilização de expectativas futuras⁴⁶⁸ e sua manutenção vem ao encontro do atendimento destas expectativas, quando legítimas.

A solução adotada pelo CDC protege o consumidor quanto ao eventual temor de que a alegação do caráter abusivo de uma cláusula contratual remetesse à invalidade total do contrato, a exemplo do que ocorre com o regime dos defeitos do negócio jurídico no direito civil. A possibilidade de preservação da sua parte válida, apenas com a exclusão da cláusula abusiva, permite que se mantenha o *efeito útil* do contrato, ou seja, o interesse econômico ou pessoal, socialmente admitido, decorrente das prestações objeto do ajuste.

Observe-se que o CDC impõe ao juiz o dever de integrar o contrato, e apenas quando isto não seja possível sem o comprometimento do equilíbrio contratual, é que deverá ser finalmente decretada a anulação de todo o ajuste. Neste sentido dispõe o artigo 51, § 2.º, do CDC ao estabelecer: “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”. Ou seja, a manutenção do contrato, com a exclusão, mediante decretação da nulidade, apenas das cláusulas abusivas que o compõe, é a regra, configurando a invalidação total do contrato como a exceção.

2.3.4.3 Controle das cláusulas abusivas e legitimação processual

O controle das cláusulas abusivas e decretação da sua nulidade é competência tipicamente judicial. Cumpre ao juiz o exame e reconhecimento de cláusulas contratuais abusivas nos contratos de consumo, decretando sua nulidade e realizando a integração do contrato, quando julgue ser o caso, mediante requerimento do consumidor, interessado, de quem o represente adequadamente, ou mesmo de ofício.

O CDC em sua redação original, todavia, previa no artigo 51, § 3.º, que terminou sendo vetado, a competência do Ministério Público para realizar o controle administrativo, de caráter

466. BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor*. Conservação e redução do negócio jurídico..., p. 27-28.

467. Para um exame das espécies de redução legal em direito brasileiro e português, em especial com relação aos contratos de consumo, veja-se o trabalho de BELMONTE. *Proteção contratual do consumidor...*, p. 32-33.

468. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 152.

preventivo ou não, cuja decisão teria caráter geral. Tal disposição foi vetada por ocasião da promulgação do CDC sob dois argumentos, de que invadia competência do Poder Judiciário, a cujas decisões atribui-se o caráter amplo e geral, assim como o fato de estar sendo estabelecida competência nova do Ministério Público por intermédio de lei ordinária, e não de lei complementar como seria o caso.

Ocorre que, independente do veto presidencial ao dispositivo mencionado, mantém-se a possibilidade e importância da intervenção do Ministério Público no controle das cláusulas abusivas do contrato de consumo. Estabelece, a respeito, o § 4.º, do artigo 51 do CDC, em vigor: "É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes".

A doutrina brasileira, em vista do disposto no artigo 51, § 4.º, sustenta que permanece a possibilidade de controle das cláusulas abusivas pelo Ministério Público,⁴⁶⁹ o que parece certo. Apenas ressalve-se que este controle, feito em caráter administrativo nos autos do inquérito civil, cuja prerrogativa de instauração é do Ministério Público, terá sucesso na medida em que haja disposição do fornecedor estipulante das cláusulas abusivas sob exame, de abster-se na celebração de novos contratos, ou readequação dos já celebrados, em vista das normas cogentes de proteção do consumidor. Depende-se, neste sentido, da celebração, com o consentimento do fornecedor e do Ministério Público, de termo de ajustamento de conduta, que indique as obrigações a serem cumpridas pelas partes e as respectivas sanções pelo eventual descumprimento. No caso de violação dos termos do acordo, este constituirá, por força de lei, título executivo extrajudicial (artigo 5.º, § 6.º, da Lei da Ação Civil Pública), podendo desde logo ser executadas, pelo Ministério Público, as sanções previstas contra o fornecedor.

Entretanto, havendo recusa do fornecedor que estipule cláusulas abusivas em seus contratos de abster-se desta prática, a solução adequada será a interposição da respectiva ação judicial para o controle *in abstracto* (derivadas de contratos-padrão, contratos-tipo elaborados por fornecedores e não necessariamente celebrados por consumidores) ou o controle *in concreto*, visando à nulidade de cláusulas presentes em contratos já celebrados entre fornecedores e consumidores. A legitimação para tanto decorre do artigo 82 do CDC, que estabelece a legitimação do MP para interpor ação visando à tutela de qualquer dos interesses e direitos previstos no artigo 81, parágrafo único, do CDC, sejam eles interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Uma vez que decorrem de estipulação contratual entre consumidor e fornecedor, os direitos envolvidos na pretensão de nulidade da cláusula contratual abusiva são tipicamente da terceira espécie, direitos e interesses individuais homogêneos. Neste sentido, houve viva discussão sobre a possibilidade do MP representar os titulares destes interesses, via substituição processual prevista pela lei, quando se tratassem de direitos disponíveis das partes (como é o caso da pretensão desconstitutiva da nulidade de cláusula contratual abusiva). O entendimento que parece prevalecer, contudo, é o de que, quando se trate de interesses individuais homogêneos⁴⁷⁰ – não individuais puros de um consumidor – e esteja esta

469. NERY JUNIOR. Código brasileiro de defesa do consumidor..., 8. ed., p. 592-593.

470. "Direito do consumidor e processual civil. Ação civil pública. Legitimidade ativa. Ministério Público. Contrato de televisão por assinatura (TV a cabo). Direitos individuais homogêneos. CDC. – O

pretensão de nulidade revestida de interesse social,⁴⁷¹ será cabível a representação do Ministério Público.

Esta sistemática de controle das cláusulas abusivas, que não prescinde da atuação do Poder Judiciário para decretação da nulidade, mas nem por isso deixa de prestigiar o Ministério Público na sua atividade de defesa dos interesses dos consumidores, por intermédio dos instrumentos próprios para este fim (legitimação para a tutela coletiva, inquérito civil, termo de ajustamento de conduta), termina por ampliar as competências para controle do conteúdo dos contratos de consumo, em claro prestígio da efetividade dos direitos do consumidor.

2.3.4.4 Tipologia das cláusulas abusivas no CDC

Como já referimos, a enumeração das espécies de cláusulas abusivas feita pelo artigo 51 do CDC é meramente exemplificativa (*numerus apertus*), incumbindo ao juiz, tanto a subsunção das espécies normativas do artigo 51 ao caso concreto, quanto a identificação, na dinâmica dos contratos, de outras estipulações que violem de modo antijurídico o interesse dos consumidores.

O exame destas cláusulas em espécie observa tanto a desproporção de direitos e deveres entre as partes, a violação do equilíbrio entre as prestações do contrato, quanto aquelas que diminuam ou exonerem a responsabilidade do fornecedor, dentre outras. Da mesma forma, o artigo 51, IV, do CDC determina, como cláusula abusiva, as que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. Trata-se de cláusula de abertura do sistema de reconhecimento das cláusulas abusivas no CDC, a partir da qual se dá o desenvolvimento jurisprudencial em relação à violação dos deveres decorrentes dos princípios da boa-fé, do equilíbrio ou da equidade.

São várias as possibilidades de classificação das cláusulas abusivas. Assim, por exemplo, vai propor Claudia Lima Marques sua distinção a partir da espécie do dever originário da boa-fé, e que tenha sido violado pelos fornecedores na imposição da cláusula contratual considerada abusiva. Distingue então, entre as cláusulas que violam o dever principal de prestação, o dever anexo de informação, o dever anexo de cooperação e o dever anexo de cuidado, auxiliares ou anexos à prestação principal.⁴⁷²

O exame conjunto das diversas espécies de cláusulas abusivas, contudo, permite distingui-las em dois grandes grupos, conforme o modo característico do comportamento abusivo do fornecedor. Conforme ensina em sua tese, na França, Phillippe Stoffel-Munck, na relação

Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública que cuida de direitos individuais homogêneos protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Agravo no recurso especial não provido” (STJ, AgRg no REsp 566.862/SP, j. 03.08.2004, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 23.08.2004, p. 232).

471. “Recurso especial. Processo civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ação civil pública. Validade de cláusula. Contrato de arrendamento mercantil. – A legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. – Na hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a análise da validade de cláusulas abusivas de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores do Estado do Maranhão. Recurso especial provido” (STJ, REsp 509.654/MA, j. 24.08.2004, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJU 16.11.2004, p. 273).

472. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 788.

contratual entre desiguais, a identificação de cláusulas abusivas terá lugar quando houver: a) 'comprometimento em relação à qualidade do consentimento'⁴⁷³ da parte vulnerável; ou b) a violação do equilíbrio contratual.⁴⁷⁴

As cláusulas abusivas têm lugar, em geral, como parte de contratos de adesão, ou das condições gerais dos contratos, formulados pelos fornecedores e aos quais os consumidores deverão apenas consentir com os termos do contrato pré-elaborado. Neste sentido, a forma pela qual se estabelece o contrato de consumo pode determinar o caráter abusivo de uma determinada estipulação contratual. Isto não significa, naturalmente, que a mera circunstância de integrar um contrato de adesão, pré-elaborado, por si determine uma cláusula contratual como abusiva. O que parece existir nesta situação é a incidência de norma protetiva da qualidade do consentimento do consumidor.

Isto porque, ainda que seja, na maioria das vezes, impossível para o consumidor alterar ou modificar as cláusulas contratuais que lhe sejam desfavoráveis, um dos deveres mais importantes do fornecedor a quem o contrato favoreça é o de oferecer a mais ampla e completa informação ao consumidor sobre o conteúdo do ajuste. Neste sentido, aliás, o artigo 54, § 4.º, do CDC, ao regular o contrato de adesão, impõe ao fornecedor dever específico de informação e esclarecimento ao referir que "as cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão".⁴⁷⁵ Da mesma forma, o artigo 46 do CDC estabelecerá que "os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance" Estabelece, neste sentido, verdadeira sanção à violação do dever de informar do fornecedor em matéria de contratos, que é a invalidez da cláusula restritiva de direitos não informada previamente ao consumidor.⁴⁷⁶

473. STOFFEL-MUNCK. *Labus dans le contrat*, p. 300.

474. *Idem*, p. 306.

475. "Recurso Especial. Indenização decorrente de seguro de vida. Acidente automobilístico. Embriaguez. Cláusula limitativa de cobertura da qual não foi dado o perfeito conhecimento ao segurado. Abusividade. Infringência ao artigo 54, § 4.º do Código de Defesa do Consumidor. Recurso Especial Provido. 1. Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do artigo 54, § 4.º do CODECON e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior. 2. No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do 'manual do segurado', enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao artigo 54, § 4.º do CDC. 3. Nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor: 'Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance'. 4. Deve ser afastada a multa aplicada com apoio no artigo 538, parágrafo único do CPC, pois não são protelatórios os embargos de declaração opostos com fins de prequestionamento. 5. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.219.406/MG, 4.ª T., j. 15.02.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 18.02.2011).

476. "Direito Civil. Produtor rural de grande porte. Compra e venda de insumos agrícolas. Reversão de contrato. Código de Defesa do Consumidor. Não aplicação. Destinação final inexistente. Inversão do ônus da prova. Impossibilidade. Precedentes. Recurso especial parcialmente provido. 1. Tratando-se de grande produtor rural e o contrato referindo-se, na sua origem, à compra de insumos agrícolas, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois não se trata de destinatário final, conforme bem estabelece o artigo 2.º do CDC, *in verbis*: 'Consumidor é toda pessoa física ou jurídica

Estas disposições visam, pois, assegurar e proteger um padrão mínimo de qualidade do consentimento do consumidor no momento da celebração do contrato. O desrespeito ou comprometimento desta qualidade do consentimento do consumidor, pelo fornecedor, implica espécie de abusividade formal, a ser sancionada igualmente com a nulidade a teor do que estabelece o artigo 51, *caput*, do CDC.

Por outro lado, as cláusulas que violam ao equilíbrio contratual, incluem tanto as que, dado o seu conteúdo, estabelecem em favor do fornecedor uma desvantagem exagerada (no exercício das posições jurídicas, nas condições de exigência da sua prestação contratual), quanto as que afetam diretamente o equilíbrio econômico das prestações (o valor econômico das mesmas). Isto porque, a proteção do equilíbrio contratual, em direito do consumidor, embora tenha em vista os interesses das partes na aquisição ou utilização de produto ou serviço, não se ocupa apenas de eventual desvalorização econômica desta prestação (desequilíbrio econômico). A abrangência das normas de proteção alcança também o equilíbrio das posições jurídicas, decorrentes da estipulação de vantagens contratuais exageradas em favor do fornecedor. Ainda que, em última análise, a proteção do consumidor em relação a estas posições de vantagem do fornecedor possa de modo mediato ser reconduzida a um critério de mensuração econômica (ou seja, poderá ser valorado economicamente).

No direito francês, fala-se a respeito da distinção entre um equilíbrio *objetivo* e *subjetivo*, sendo o primeiro afeto ao equilíbrio econômico das prestações e o segundo entre as posições dos sujeitos do negócio (consumidor e fornecedor).⁴⁷⁷ Em nosso sistema, o artigo 51, IV, e muito especialmente o § 1.º do mesmo artigo vão abarcar, dentro do conceito de *vantagem exagerada*, tanto o *aspecto econômico* – de equilíbrio entre os valores econômicos das prestações – quanto o *equilíbrio subjetivo*, decorrente da proteção jurídica da posição do contratante vulnerável. Assim dispõe o § 1.º, do artigo 51, do CDC: “Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade 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”. A presunção legal de abusividade decorre, assim, ou da onerosidade excessiva que determina cláusula contratual determinada ao consumidor, ou a restrição de direitos e deveres fundamentais das partes, que decorram da natureza do contrato, ou do próprio sistema de proteção legal do consumidor.

Em qualquer caso, não é demais referir que a identificação das cláusulas abusivas, a partir dos critérios e parâmetros estabelecidos no CDC, se dará – para além da relação exemplificati-

ca que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. II. Não havendo relação de consumo, torna-se inaplicável a inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do artigo 6.º, do CDC, a qual, mesmo nas relações de consumo, não é automática ou compulsória, pois depende de criteriosa análise do julgador a fim de preservar o contraditório e oferecer à parte contrária oportunidade de provar fatos que afastem o alegado contra si. III. O grande produtor rural é um empresário rural e, quando adquire sementes, insumos ou defensivos agrícolas para o implemento de sua atividade produtiva, não o faz como destinatário final, como acontece nos casos da agricultura de subsistência, em que a relação de consumo e a hipossuficiência ficam bem delineadas. IV. De qualquer forma, embora não seja aplicável o CDC no caso dos autos, nada impede o prosseguimento da ação com vista a se verificar a existência de eventual violação legal, contratual ou injustiça a ser reparada, agora com base na legislação comum. V. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 914.384/MT, 3.ª T., j. 02.09.2010, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 01.10.2010).

477. *Idem*, p. 307-308.

va prevista no artigo 51 – pelo exame judicial *in concreto* dos contratos de consumo, buscando verificar hipóteses de estipulação de vantagens exageradas em favor do fornecedor.

Cumpra indicar, também, que as cláusulas abusivas poderão sê-lo tanto em razão de vulnerarem a qualidade de consentimento ou o equilíbrio do contrato quando de sua celebração, quanto igualmente podem tornar-se abusivas, conforme delas faça uso o fornecedor, no exercício do direito que as mesmas consagram. Aliás, esta abusividade do exercício do direito aproxima o regime das cláusulas abusivas do CDC e a teoria do abuso do direito, do direito civil, a qual também vem assumindo caráter objetivo, prescindindo da demonstração do dolo ou da culpa (vide artigo 187 do CC). O que determina a abusividade é o modo como o titular exerce uma determinada prerrogativa jurídica, ainda que esta, *a priori*, esteja em absoluta conformidade com o ordenamento jurídico. Neste sentido, aliás, veja-se a recente decisão do STJ, no caso da cláusula de carência constante de contrato de assistência à saúde, cujo exercício da prerrogativa objeto da cláusula (o não oferecimento do serviço ao consumidor), tornaria inútil a própria finalidade do contrato, uma vez tratar-se da necessidade de tratamento urgente de doença grave. Decidiu o STJ que a cláusula em questão, embora admitida pelo ordenamento jurídico, se tornaria abusiva em face de circunstâncias excepcionais, em especial à presença de preservação da vida do consumidor.⁴⁷⁸

2.3.4.5 Principais espécies de cláusulas abusivas

Como mencionamos, a relação de espécies de cláusulas abusivas previstas nos incisos I a XIII, do artigo 51 do CDC, trata-se de enumeração exemplificativa. Isto importa dizer que para além daquelas hipóteses, poderá o Poder Judiciário reconhecer uma série de outras disposições previstas em contratos de consumo como abusivas. Para tanto, o instrumento mais importante à disposição do julgador é o exame das estipulações contratuais, à luz do que dispõe o artigo 51, IV, combinado com o § 1.º do CDC. Determina o inciso IV em destaque, como abusivas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; (...)”. Da mesma forma, o § 1.º do mesmo artigo 51, segundo já transcrevemos, indicará quais as hipóteses em que a própria lei vai estabelecer presunção absoluta do que considera como *vantagem exagerada*.

Entretanto, de enorme importância e repercussão prática, são as espécies de cláusulas abusivas previstas no CDC, a qual passamos a examinar.

2.3.4.5.1 Cláusulas de limitação ou exoneração de responsabilidade civil

Estabelece o artigo 51, I, do CDC, que configuram cláusulas abusivas as que “impossibilitem, exonem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza

478. “Civil e processual. Acórdão estadual. Nulidade não configurada. Plano de saúde. Carência. Tratamento de urgência. Recusa. Abusividade. CDC, artigo 51, I. I. Não há nulidade do acórdão estadual que traz razões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas por conter conclusão adversa ao interesse dos autores. II. Irrelevante a argumentação do especial acerca da natureza jurídica da instituição-rê, se esta circunstância não constituiu fundamento da decisão. III. Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida. IV. Recurso especial conhecido em parte e provido” (STJ, REsp 466.667/SP, j. 27.11.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior).

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”.

A responsabilidade do fornecedor por vícios dos produtos e dos serviços constitui matéria de ordem pública no regime do CDC, insuscetível de ser reduzida ou excluída por força de estipulação contratual. Não se sujeitam, portanto, à disponibilidade do direito por parte dos consumidores a quem protegem, por intermédio de estipulação contratual em contrário. Da mesma forma, segundo jurisprudência consolidada dos tribunais brasileiros, não subsiste a limitação de indenização por danos ao consumidor, mesmo quando prevista em convenção internacional, hipótese em que a norma em questão é afastada frente à plena aplicabilidade do CDC às relações de consumo.⁴⁷⁹

Note-se que a vedação à limitação ou exoneração da responsabilidade diz respeito àquela que decorra de violação dos deveres contratuais, portanto, responsabilidade contratual. Logo, pretende o CDC com a disposição do inciso I, do artigo 51, impedir que por intermédio da celebração de contrato de consumo, o consumidor reduza, limite ou simplesmente renuncie a direitos em caso de vícios do produto ou do serviço, ou decorrentes de incumprimento contratual⁴⁸⁰ (os efeitos da mora do fornecedor, como juros, cláusula penal, dentre outros previstos no artigo 396 do CC) a que tem direito por força de lei (neste sentido o regime dos vícios previstos nos artigos 18, 19 e 20 do CDC).

Mencione-se, assim, a título ilustrativo, o caso da cláusula que limita a indenização pelo credor no caso de extravio do bem dado em penhor pelo consumidor, conforme caso recentemente julgado pelo STJ, quando se trata de dever inerente à custódia da coisa a obrigação de restituição.⁴⁸¹

479. Assim o entendimento da jurisprudência brasileira em relação à aplicação das normas do CDC à indenização dos danos decorrentes de vícios no serviço de transporte aéreo, com o afastamento da indenização tarifada prevista pela Convenção de Varsóvia: “Responsabilidade civil. Ação regressiva. Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia. Relação de consumo. Incidência do código de defesa do consumidor. Indenização ampla. Orientação do tribunal. Recurso provido. – Nos casos de extravio de mercadoria ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada pela legislação especial” (STJ, REsp 257.298/SP, j. 03.05.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 11.06.2001, p. 229).

480. “Civil e processual. Acórdão a quo. Nulidade não configurada. Ação de indenização. Atraso na entrega do imóvel. Notificação prévia do adquirente para ressalva quanto às condições do termo de entrega. Termo que contém cláusula dispensando a construtora de qualquer ressarcimento. Não prevalência da cláusula. CDC, artigo 51, I. I. Nulidade não identificada no acórdão que, integrado pelos aclaratórios, apresentou fundamentação suficiente ao embasamento das suas conclusões, apenas que contrárias ao autor. II. Não prevalência de cláusula imposta em Termo de Entrega de unidade imobiliária isentando a construtora de qualquer ressarcimento pelo expressivo atraso na conclusão da unidade, quando o adquirente, desde antes, insurgindo-se contra tal condicionante para a sua imissão na posse, já notificara a ré para ressaltar seu direito à indenização pelo fato. III. Pedido indenizatório acolhido, cujo montante será apurado em liquidação por arbitramento. IV. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido” (STJ, REsp 197.622/DF, j. 04.04.2006, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 02.05.2006, p. 332).

481. “Civil e Consumidor. Recurso especial. Contrato de penhor. Joias. Furto. Fortuito interno. Reconhecimento de abuso de cláusula contratual que limita o valor da indenização em face de extravio dos bens empenhados. Violação ao art. 51, I, do CDC. Ocorrência de danos materiais e morais. Recurso especial provido. 1. No contrato de penhor é notória a hipossuficiência do consumidor, pois este, necessi-

A norma em questão não diz respeito à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (responsabilidade extracontratual), cujos danos são sempre indenizáveis,⁴⁸² pela simples razão de que a exoneração, limitação ou qualquer espécie de diminuição ou enfraquecimento dos seus efeitos já estão expressamente proibidas pela norma do artigo 25 do CDC. Assim, dentre as cláusulas contratuais abusivas em face da limitação ou exoneração da responsabilidade do fornecedor, encontram-se – na relação sugerida por Claudia Lima Marques, “a cláusula exoneratória da responsabilidade por atos de terceiros, a *negligence clause*, a cláusula exoneratória da responsabilidade por culpa leve, as cláusulas estabelecendo os ‘casos de força maior assimilados’ e as presunções de ‘casos fortuitos’ para aquele tipo de relação, as cláusulas sobre outras circunstâncias liberatórias, a exoneração da responsabilidade por mora, exoneração por cumprimento defeituoso”, assim como a “exoneração da responsabilidade por referência aos danos”.⁴⁸³ Da mesma maneira, e pelos mesmos fundamentos, o artigo 51, XV vai reconhecer como abusiva a cláusula contratual que “possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias”.

Impossível, por fim, que a teor do artigo 51, I, a cominação de nulidade atinge as cláusulas que impossibilitem, exonerem ou limitem a indenização do consumidor pessoa natural. Em relação ao consumidor pessoa jurídica, a segunda parte da norma admite a limitação da responsabilidade quando esta se der em situações justificáveis. O que se considere como situações justificáveis será matéria de apreciação judicial, a partir da concreção do significado da norma em acordo com o caso concreto. Contudo, frise-se que esta limitação é admitida pelo regime do Código, quando previamente estabelecida em contrato. Ou seja, estabelece a norma que a cláusula contratual com este conteúdo não será considerada abusiva, quando se considere a presença de uma situação justificável. Será o caso da assunção de risco expressamente prevista em contrato, por parte da pessoa jurídica consumidora, ou ainda a possibilidade de exclusão em vista de condições vantajosas da contratação, sempre quando devidamente demonstrada pelo conteúdo e natureza da contratação (assim, por exemplo, as vendas em saldos ou pontas de estoque, em que os produtos apresentem pequena falha – vício –, mas que não chegam a comprometer de modo definitivo sua utilidade).

2.3.4.5.2 Cláusulas de renúncia ou disposição de direitos

A proteção ao consumidor estabelecida pelas normas do CDC constitui um sistema integrado por normas de ordem pública, segundo o artigo 1.º da norma. Dentre as características

tando de empréstimo, apenas adere a um contrato cujas cláusulas são inegociáveis, submetendo-se à avaliação unilateral realizada pela instituição financeira. Nesse contexto, deve-se reconhecer a violação ao art. 51, I, do CDC, pois mostra-se abusiva a cláusula contratual que limita, em uma vez e meia o valor da avaliação, a indenização devida no caso de extravio, furto ou roubo das joias que deveriam estar sob a segura guarda da recorrida. 2. O consumidor que opta pelo penhor assim o faz pretendendo receber o bem de volta, e, para tanto, confia que o mutuante o guardará pelo prazo ajustado. Se a joia empenhada fosse para o proprietário um bem qualquer, sem valor sentimental, provavelmente o consumidor optaria pela venda da joia, pois, certamente, obteria um valor maior. 3. Anulada a cláusula que limita o valor da indenização, o *quantum* a título de danos materiais e morais deve ser estabelecido conforme as peculiaridades do caso, sempre com observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.155.395/PR, 4.ª T., j. 01.10.2013, rel. Min. Raul Araújo, DJe 29.10.2013)

482. NERY JUNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. ..., 8. ed., p. 565.

483. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários*..., p. 697-698.

das normas de ordem pública está seu caráter indisponível. Isto significa que os destinatários da norma de ordem pública, sejam eles os titulares do direito estabelecido por ela, ou o titular do dever a ser respeitado, não podem, de modo válido e eficaz, dispor dos efeitos da norma, visando suprimir, renunciar, limitar, ou em termos mais abrangentes, dispor dos direitos conferidos por lei.

Exemplo prático eloquente de cláusula expressamente vedada é a cláusula de eleição de foro, pela qual o consumidor renuncia a foro mais favorável estabelecido pelo próprio CDC (foro do domicílio do consumidor, previsto no artigo 101, I, do CDC).⁴⁸⁴ Da mesma forma, a exoneração da responsabilidade do fornecedor quanto a vícios, conforme expressamente consigna o artigo 24, do CDC. A indisponibilidade do direito, neste sentir, compreende parte do próprio conteúdo da proteção e efetividade que dele se pretende, uma vez que seria sem sentido a proteção que se dá ao mais fraco em razão de sua vulnerabilidade, se ele próprio, submetido ao poder do mais forte, tivesse a possibilidade de afastá-la.

Outra situação é a que refere Nelson Nery Júnior, sustentando a possibilidade de aplicação da exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) ou o a exceção de cumprimento defeituoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*), prevista no artigo 456 do CC, aos contratos de consumo.⁴⁸⁵ Neste sentido, a cláusula que implicar a renúncia do direito do consumidor de alegar a exceção de contrato não cumprido ou cumprido de modo defeituoso, para não implementar sua obrigação (o pagamento do preço, por exemplo), será considerada abusiva, e por isso nula de pleno direito. Da mesma forma o será a cláusula que implicar a renúncia do consumidor ao direito de pleitear resolução do contrato por inadimplemento do fornecedor.

2.3.4.5.3 Cláusulas de decaimento, controle da cláusula penal e outros efeitos do inadimplemento

Dentre outras hipóteses fixadas no CDC, também são consideradas abusivas as chamadas cláusulas de decaimento. Trata-se de cláusulas contratuais que estabelecem como penalidade ao consumidor que em contratos de pagamento diferido (de modo parcelado) desiste do contrato ou se torna inadimplente (cláusula penal), a perda dos valores já pagos em favor do fornecedor, ou estipula a devolução de parcela ínfima e desproporcional destes valores.⁴⁸⁶

484. “Processo civil. Contrato de adesão. Relação de consumo (artigo 51, I, da Lei 8.078/90 – “Código de Defesa do Consumidor”). Foro de eleição. Cláusula considerada abusiva. Conclusão extraída da análise dos fatos (Enunciado 7 da súmula/STJ). Inaplicabilidade da Súmula 33/STJ. Fundamento constitucional autônomo. Não interposição de recurso extraordinário. Súmula 126/STJ. Recurso inacolhido. I – A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão não prevalece se “abusiva”, o que se verifica quando constatado que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário. II – Pode o juiz, de ofício, declinar de sua competência em ação instaurada contra consumidor quando a aplicação da cláusula de eleição de foro dificultar gravemente a defesa do réu em Juízo. Precedentes da Segunda Seção. III – Havendo o acórdão recorrido assentado suas conclusões também sobre princípios de ordem constitucional, quais sejam, da isonomia, do acesso à justiça, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes, impunha-se a interposição do recurso extraordinário, cuja ausência importa na impossibilidade de conhecer-se do recurso especial, segundo enuncia o verbete n. 126 da Súmula desta Corte. IV – Recurso não conhecido” (STJ, REsp 159.837/SP, j. 17.11.1998, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 01.03.1999, p. 310).

485. NERY JÚNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 566.

486. STJ, REsp 1.132.943/PE, 4.ª T., j. 27.08.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 27.09.2013.

A proibição das cláusulas de decaimento, que no CDC é estabelecida expressamente, em face do seu artigo 53, consagra: "Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas a benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado." O mesmo ocorre quando ocorra a postergação excessiva de devolução dos valores pagos pelo consumidor, que, como regra, deve ser imediata.⁴⁸⁷ Esta proibição da cláusula de decaimento, em certas situações, aplica-se também a serviços⁴⁸⁸ (especialmente quando possível, ainda, ao fornecedor, realocar a prestação em favor de outro consumidor pagante). Ao lado de outra disposição do CDC, que estabelece o limite máximo da multa moratória em 2% (dois por cento) ao mês (artigo 52, § 1.º), expressa tendência não apenas no direito do consumidor,⁴⁸⁹ mas em todo o direito dos contratos, de proteção do devedor contra o exercício abusivo do direito de crédito pelo credor.

Neste sentido, o próprio Código Civil de 2002 vai estabelecer, ao disciplinar a cláusula penal, que sua redução, quando excessiva, passa a ser espécie de *dever do juiz*, ao contrário do direito anterior, quando a mesma configurava simples *faculdade*.⁴⁹⁰ Da mesma forma, a legislação civil estabelece inovação sensível ao introduzir o parágrafo único do artigo 416 do Código de 2002, proibindo a indenização suplementar pelo devedor quando o prejuízo decorrente do inadimplemento for maior do que o pactuado na cláusula penal. Com esta providência eliminou-se discussão sob a égide do direito anterior, sobre a possibilidade ou não do afastamento da cláusula penal e responsabilização do devedor para indenizar a integralidade dos danos decorrentes do inadimplemento. No Código de 2002, permite-se esta possibilidade apenas se expressamente convenionada, hipótese em que ainda assim estará sujeita à avaliação judicial.⁴⁹¹

Trata-se, pois, do que Dennis Mazeaud, em sua tese sobre a cláusula penal, identificou com o *declínio da regra da vontade das partes na criação da cláusula*, fazendo referência tanto à necessidade de estipulação expressa a que faz menção o direito francês, assim como sua limitação pelo legislador.⁴⁹² Segundo o magistério do jurista francês, em sua obra de 1992, esta intervenção do legislador deve-se ao fato de que a visão idílica do contrato como expressão de liberdade das partes atualmente é objeto de um anacronismo irreversível.⁴⁹³ Neste sentido, a intervenção estatal por intermédio do Estado-legislador ou do Estado-juiz, justifica-se como mecanismo de proteção do equilíbrio dos interesses das partes no contrato.

487. STJ, REsp 1.300.418/SC, 2.ª Seção, j. 13.11.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 10.12.2013. ◀

488. STJ, REsp 1.321.655/MG, 3.ª T., j. 22.10.2013, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 28.10.2013.

489. Para o exame das cláusulas penais nos contratos de consumo, veja-se, dentre outros, o estudo de: CASTRO NEVES, José Roberto de. *O código do Consumidor e as cláusulas penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 167 et seq.

490. Para este entendimento, veja-se: FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 513-537. Em sentido contrário, no direito francês, defendendo que a intervenção judicial nos contratos deve ser sempre excepcional: MAZEAUD, Denis. *La notion de la clause penale*. Paris: LGDJ, 1992. 50 et seq.

491. MARTINS-COSTA. *Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5, t. II, p. 492-493.

492. MAZEAUD, Denis. *La notion de la clause penale*, p. 30-38.

493. *Idem*, p. 40.

No direito do consumidor, ao estabelecer em seu artigo 52, o limite de 2% para multa moratória dos contratos de consumo a crédito, o CDC ampliou o âmbito de aplicação da norma, via jurisprudência, à generalidade dos contratos bancários e aos contratos entre empresários (sobretudo pela equiparação destes a consumidores, por força do artigo 29 do CDC).⁴⁹⁴

Atualmente, o advento da função social do contrato tem servido também como fundamento para que a jurisprudência estenda o limite de 2% (dois por cento) a outras espécies de contrato, mesmo os de consumo, que não estejam previstos expressamente no artigo 52, *caput*, do CDC.⁴⁹⁵ Note-se, contudo, que o preceito da função social do contrato, ao mesmo tempo em que impõe a redução de cláusula penal quando esta se configurar abusiva, não pode igualmente permitir que esta possibilidade de redução determine o esvaziamento do instituto⁴⁹⁶ em direito privado comum (não na perspectiva protetiva do CDC).

2.3.4.5.4 Cláusulas que violem o equilíbrio contratual: o controle dos juros contratados

A proteção do equilíbrio contratual e da posição do consumidor no contrato de consumo é a finalidade principal da especificação, pela lei, das cláusulas abusivas e a previsão de sua nulidade. O equilíbrio do contrato, nesta concepção, é antes de tudo o equilíbrio econômico, cuja proteção determina a cominação de nulidade de cláusulas que imponham parcela acrescida à prestação principal, ou acréscimos a qualquer título apresentados como efeitos do inadimplemento do consumidor, por exemplo, que viole o princípio do equilíbrio – que afinal não é circunscrito ao direito do consumidor, mas a todos os contratos bilaterais em direito privado.⁴⁹⁷

Neste aspecto, discussão de grande importância é o controle estabelecido em nosso direito – sobretudo por ação da jurisprudência – aos juros, matéria de destaque em relação aos contratos bancários, sobre os quais incide o CDC.⁴⁹⁸ A discussão se coloca sobre a possibilidade ou não do controle de juros em contratos bancários, frente a duas premissas: primeiro, a liberdade de fixação dos juros pelas instituições financeiras, bancárias, de crédito e securitárias; segundo, a repercussão macroeconômica da fixação ou controle de juros para a economia.⁴⁹⁹

494. A respeito da polêmica da aplicação do artigo 52, § 1.º, entre empresários e instituições bancárias, consulte-se: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 789.

495. Assim a decisão do STJ: “Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Artigo 52, § 1.º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Equidade. Função social do contrato. – É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1.º do artigo 52, § 1.º, do CDC. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 476.649/SP, j. 20.11.2003, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, DJU 25.02.2004, p. 169).

496. Sobre o perigo de esvaziamento da cláusula penal, veja-se a monografia de ALBA, Isabel Espín. *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 95 et seq.

497. NERY JÚNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 566.

498. Neste sentido o artigo 3.º, § 2.º, do CDC e a decisão do STF, na ADIn 2.591, a qual já fizemos referência. Para detalhes, veja-se a obra coletiva patrocinadas sob os auspícios do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – BRASILCON: MARQUES/ALMEIDA/PFEIFFER. *A aplicação do CDC aos Bancos*. A Adin 2591. São Paulo: RT, 2006.

499. Neste sentido, Ruy Cirne Lima ao reconhecer a natureza publicística do juro em valiosa investigação histórica: CIRNE LIMA, Ruy. Do juro do dinheiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capi-*

Os juros, em sua concepção clássica, são espécie de frutos civis, cujo cálculo, conforme a acurada lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, considera “o custo de captação do dinheiro, a sobretaxa do banqueiro, a desvalorização da moeda e, por fim, os riscos operacionais, pois, quanto maior a possibilidade de inadimplência, maior o risco”.⁵⁰⁰ Prossegue então, o jurista gaúcho, fazendo referência às dificuldades atuais de sua quantificação precisa: “No Brasil de hoje, com as taxas praticadas, o pingo se torna maior que o balde após alguns meses de juros capitalizados (...) Como se vê, a alegação corrente de que o spread é elevado por causa da inadimplência não procede, pois a sua maior parcela, quase o triplo, corresponde ao lucro; reduzido o quantitativo deste, certamente seria menor o índice de inadimplência. Nos países em que é menor o índice de inadimplência, é significativamente menor o percentual do lucro”.⁵⁰¹

Em relação aos juros estipulados em contratos bancários, é variado o universo de questões para as quais a jurisprudência brasileira manifestou entendimento. Em primeiro lugar, foram consideradas cláusulas abusivas e, portanto, nulas, aquelas em que os encargos do mutuário sejam fixados em razão de índice estabelecido pelo próprio credor ou entidade a qual pertença. Incide na hipótese, o artigo 51, X, do CDC, que estabelece como nulas de pleno direito, as cláusulas que “permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral”, da mesma forma como caracteriza espécie de condição potestativa, nula em face do artigo 115 do Código Civil de 1916 (que fundamentou, por exemplo, a edição da Súmula 176 do STJ),⁵⁰² ora do artigo 122 do Código Civil de 2002.

Remanesce, contudo, o debate sobre a possibilidade de controle das cláusulas de juros com relação aos contratos bancários, uma vez que estes não possuem nenhum limite normativo específico em nosso direito. Isto porque, em um primeiro momento considerou-se não autoaplicável a disposição do artigo 192, § 3.º, da Constituição da República, já revogado pela Emenda Constitucional n. 40, de 2003, que estipulava os juros reais em 12% (doze por cento) ao ano, assim como também se afastou da aplicação às instituições financeiras dos limites fixados nas normas infraconstitucionais, como é o caso da Lei de Usura (Decreto 22.626/33).⁵⁰³ Assim estabeleceu a Súmula 596 do STF, que “as disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o Sistema Financeiro Nacional”. O que terminou por afirmar o entendimento de que, com relação aos contratos bancários, a Lei 4.595/64, recepcionada pela Constituição da República, delegou ao Conselho Monetário Nacional a fixação da taxa básica de juros, não havendo, contudo, um limite máximo para sua determinação.

Ainda sob a vigência do limite estipulado no artigo 192, § 3.º, da Constituição da República, foi afirmado sobre a impossibilidade de aplicação do limite fixado na Constituição, em face da necessidade de lei regulamentadora (ADIn 4-7/DF, rel. Min. Sidney Sanches, j. 07.03.1991; DJU 25.06.1993). Hoje, a ausência de limite expresso no texto constitucional, e a decisão final

tais, v. 45, p. 345 et seq. São Paulo: RT, jul./2009.

500. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Contratos bancários...*, p. 68.

501. *Idem*, p. 68-69.

502. Assim a Súmula 176 do STJ: “É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor à taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP”.

503. Neste sentido, sendo o caso de juros moratórios, note-se que o artigo 406 do CC estabeleceu que quando não forem convencionados, “ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor: para a mora dos pagamentos devidos à Fazenda Nacional”.

da ADIn 2.591/DF, impõem a aplicação das regras e princípios do CDC em matéria contratual aos contratos bancários, o que no caso coloca-os em definitivo sob a égide dos princípios da boa-fé e do equilíbrio, assim como dos direitos básicos do consumidor estabelecidos no artigo 6.º da Lei. Dentre eles, o direito básico à “modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (artigo 6.º, V). Preserva-se, portanto, a possibilidade das cláusulas do contrato de consumo em razão da falta de qualidade do consentimento ou a violação do equilíbrio do contrato, sejam reconhecidas como abusivas.

Neste sentido, ainda que não exista um limite pré-definido para os juros praticados pelas instituições financeiras, é possível, todavia, identificar a onerosidade excessiva em desfavor do consumidor. E neste sentido, reconhecida a abusividade, provocar o controle do Poder Judiciário, mediante decretação de nulidade.⁵⁰⁴

Note-se que a proteção do CDC se dá, no tocante às cláusulas abusivas, a situações que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (artigo 51, IV, c/c § 1.º), dentre as quais está a hipótese de onerosidade excessiva (artigo 51, § 1.º, III). Certamente que sem um referencial técnico ou jurídico-normativo não se pode, reafirmamos, referir-se a um limite para os juros fixados aos contratos bancários. Mas o exame casuístico das situações levadas ao conhecimento do Poder Judiciário permite identificar aquelas em que as taxas de juros praticadas induzem à presunção de abusividade (em acordo com a técnica do artigo 51, § 1.º). São os casos que aparecem na jurisprudência brasileira, de dívidas multiplicadas incontáveis vezes, ou mesmo aquelas em que haja manifesta desproporção entre o tempo do inadimplemento e o valor representativo do montante da dívida, cujas características fazem notório o caráter excessivamente oneroso para o consumidor.⁵⁰⁵

Já no que se refere aos juros moratórios, a proteção do equilíbrio contratual se estabelece em face da função de controle geral do CDC sobre os efeitos do inadimplemento dos contratos. A necessidade de limitação dos juros moratórios já é desde há muito tempo percebida pela doutrina⁵⁰⁶ e jurisprudência.⁵⁰⁷ A Medida Provisória 2.172-32 de 2001, sancionou com nulidade as

504. “Bancário e processo civil. Agravo no agravo de instrumento. Recurso especial. Taxa de juros remuneratórios. Capitalização de juros. É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada - artigo 51, § 1.º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. É admissível a capitalização mensal dos juros nos contratos bancários celebrados a partir da publicação da MP 1.963-17 (31.03.2000), desde que seja pactuada. Agravo no agravo de instrumento não provido” (STJ, AgrRg no Ag 1371651/RS, 3.ª T., j. 18.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25.08.2011).
505. É extremamente ilustrativo a respeito, a coleção de casos referidos por Ruy Rosado de Aguiar Júnior. *Contratos bancários...*, p. 77-79.
506. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, t. XXIV. Rio de Janeiro: Borsoi, 1959. p. 18.
507. “Ação revisional. Contrato de abertura de crédito em conta corrente. Da possibilidade de revisar contratações bancárias com base no CDC. Aplicabilidade do CDC. Doutrina e jurisprudência. Juros. Limitação a 12% a.a. flagrada a abusividade em cláusula contratual. CDC. Capitalização. A capitalização está restrita às hipóteses expressamente previstas em lei (Dec.-lei 167/67, Dec.-lei 413/69, Lei 6.840/80). Comissão de permanência. Mesmo que não cumulado com a correção monetária, inadmissível a sua contratação ‘à taxa de mercado no dia do pagamento’, porque sobre sua aferição somente uma das partes exerce influência. Incompatibilidade com a boa-fé e a equidade. Nulidade (artigo 51, IV, do CDC). Apelação improvida” (TJRS, 19.ª Câmara, ApCiv 70.002.095.891, j. 10.04.2001,

cláusulas de juros presentes em contratos de mútuo, que estabeleçam juros acima dos estabelecidos na lei, e nos demais contratos que prevejam lucros e vantagens patrimoniais excessivos.⁵⁰⁸ Ou no sentido que estabelece o CDC, determinem vantagem exagerada em favor do fornecedor.

Entretanto, o CDC não disciplina especificamente matéria de juros. No direito civil, o artigo 406 do CC estabelece que "quando os juros moratórios não forem convençados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora dos pagamentos devidos à Fazenda Nacional". Trata-se, na exata interpretação da norma, de regra supletiva, aplicável quando da falta de estipulação diversa. Da mesma forma, lembre-se da polêmica relativa aos juros cobrados pelas entidades do sistema financeiro nacional, tanto sob a égide da redação primitiva do artigo 192, § 3.º, da Constituição, quanto pela redação resultante da Emenda Constitucional 40/2003, que retirou da Constituição a referência ao limite de 12% de juros reais.

A despeito da conhecida polêmica, contudo, nos contratos sob a égide do artigo 406 do CC, fazendo referência à taxa em vigor para mora dos pagamentos devidos à Fazenda Nacional, remete em um primeiro momento à incidência da denominada Taxa Selic. Sua forma de cálculo, entretanto, é definida para mensuração de títulos públicos, e inclui uma projeção inflacionária, o que lhe permite inclusive ser utilizada como critério de atualização monetária, razão pela qual sua aplicação representa a imposição de um gravame excessivo ao devedor. Da mesma forma, é necessário indicar que a Taxa Selic tem sua fixação confiada à autoridade administrativa (COPOM), o que segundo Judith Martins-Costa, quebra a teleologia da disposição, que é a sua fixação pela lei, razão porque sua aplicação reveste-se de ilegalidade.⁵⁰⁹ Neste sentido, admite-se aplicar na espécie, em consonância ao artigo 406 do Código Civil, o que fora consagrado no Enunciado 20, da 1ª Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, coordena-

rel. Des. Guinther Spode). No mesmo sentido: "Negócio jurídico bancário. Ação de cobrança. Contrato de crédito rotativo. Do alcance da decisão. Sentença extra petita. Inocorrência. Exercício regular do direito de resposta. Em se tratando de débito oriundo de relação negocial una, daí se originando o cálculo apresentado, por evidente que as novas diretrizes traçadas na sentença para apuração do efetivamente devido não de alcançar a origem do cálculo, sob pena de perdurarem as abusivas distorções do mesmo. De modo que não se afastou o magistrado do pedido inicial, tendo-o provido apenas em parte. Juros remuneratórios, princípio do pacta sunt servanda e o CDC. Prevalece atualmente o princípio da relatividade do contrato, como forma de assegurar o equilíbrio da relação contratual, mediante a concretização de preceitos tais como o da "liberdade e igualdade entre as partes" e da "boa-fé". Assim que, figurando, no caso concreto, de um lado a instituição financeira, na condição de fornecedora da quantia creditada, e de outro o correntista creditado, estabelece-se cristalina relação de consumo, incidindo na espécie as disposições do CDC. De forma que, havendo abusividade na contratação dos juros compensatórios, colocando o devedor em indiscutível desvantagem, é de ser revista a respectiva taxa, ex vi do artigo 51, IV, CDC, restando autorizada a adaptação do percentual compensatório ao patamar constitucional. Capitalização mensal. Inadmissível, na espécie, capitalização mensal de juros, por ausência de previsão legal. Juros moratórios. Possível a incidência de juros no percentual de 1% a.m. quando expressamente contratados. Deram parcial provimento" (TJRS, ApCiv 70.001.327.634, 12.ª Câmara Especial Cível, j. 20.02.2001, rel. Des. André Luiz Planella Villarinho).

508. Para esta informação, e de resto um excelente esboço histórico sobre a regulação dos juros no direito brasileiro, veja-se o artigo do Professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Os juros na perspectiva do Código Civil. In: PASQUALOTTO/PFEIFFER, *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002...*, p. 152-177.

509. Este é o entendimento de MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários...*, p. 403-408. No mesmo sentido, da sua não aplicação às hipóteses do artigo 406: AGUIAR JÚNIOR. Os juros..., p. 170.

nada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, os juros fixados no artigo 161, § 1.º, do CTN, de 1% ao mês. Tais condições caracterizam como abusivas, por indicar vantagem exagerada contra o consumidor, os juros fixados que não se refiram apenas à mora do devedor, mas incluam em seu cálculo outras parcelas – como é o caso da Taxa Selic. Assim como, nos consórcios, a obrigatoriedade de pagamento da taxa de administração que inclua juros remuneratórios em favor do fornecedor.⁵¹⁰

Daí porque se entende que a possibilidade do controle de juros quando implicarem vantagem exagerada do fornecedor, à luz do que dispõe o artigo 51, IV, do CDC.⁵¹¹ O que ainda esta a merecer discussão é a técnica a ser adotada na realização deste controle,⁵¹² a qual deverá compatibilizar-se com a necessidade de manutenção do equilíbrio do contrato, sem perder de vista a repercussão macroeconômica da sua estipulação.

De qualquer sorte, o controle dos juros moratórios pelo juiz constitui imperativo, como expressão da intervenção judicial devidamente instruída com os elementos técnicos suficientes para a realização proteção do equilíbrio do contrato em vista dos deveres de boa-fé e da função social.

2.3.4.5.5 Cláusulas que violem o equilíbrio contratual: controle *in concreto* pelo juiz

Como já afirmamos, as cláusulas abusivas em face da violação do equilíbrio contratual constituem ampla definição prevista no artigo 51, IV, do CDC, a fim de proteger não apenas o equilíbrio de interesses contratuais, como também a equivalência das prestações. Neste sentido, a proteção do equilíbrio contratual, em vista da boa-fé objetiva, tem como elemento nuclear a proibição de estipulação de vantagem exagerada em favor do fornecedor, trazendo uma ideia de desequilíbrio de interesses.⁵¹³ A *proteção do equilíbrio contratual* resulta não apenas do *princípio do equilíbrio*, mas também dos deveres da boa-fé objetiva, quais sejam, os deveres de respeito, colaboração e lealdade com a contraparte.

510. “Direito civil e do consumidor. Contrato de consórcio para aquisição de veículo. CDC. Incidência. Taxa de administração. Juros remuneratórios embutidos. Abusividade. – Aplica-se o CDC aos negócios jurídicos realizados entre as empresas administradoras de consórcios e seus consumidores-consorciados. Precedentes. – À taxa de administração de consórcios não podem ser embutidos outros encargos que não aqueles inerentes à remuneração da administradora pela formação, organização e administração do grupo de consórcio (artigo 12, § 3.º da Circular do BACEN 2.766/97). – Se houver cláusula contratual que fixe a taxa de administração em valor que exceda ao limite legal previsto no artigo 42 do Dec. 70.951/72, estará caracterizada a prática abusiva da administradora de consórcio, o que impõe a exclusão do percentual que sobejar ao estipulado na referida Lei. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido” (STJ, REsp 541.184/PB, j. 25.04.2006, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 20.11.2006, p. 300).

511. STJ, AgRg no AREsp 564.360/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3.ª Turma, j. 24.02.2015, DJe 05.03.2015.

512. Sugere Paulo Roque Khouri, com arrimo em precedentes do STJ, a inversão do ônus da prova em desfavor das instituições financeiras, obrigando-as a demonstrar tecnicamente o cabimento da taxa de juros praticada nos contratos submetidos a exame. KHOURI, Paulo Roque. *Direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 155.

513. Este o sentido da expressão em direito comparado, sobretudo no direito alemão, conforme ensina: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 797.

Este desequilíbrio causado pela vantagem exagerada do fornecedor pode surgir tanto da imposição de parcelas que agravem a prestação do consumidor,⁵¹⁴ como exclusões ou limitações que contrariem a natureza de determinado contrato. É o caso do contrato de seguro, que exclui da cobertura os riscos inerentes à atividade segurada do consumidor,⁵¹⁵ assim como a cláusula que estabelece responsabilidade absoluta do fornecedor pelo uso do cartão de crédito furtado, até o momento de notificação do fornecedor acerca do furto.⁵¹⁶ Da mesma maneira, será a

514. Um tema difícil é o do repasse dos custos de cobrança da prestação, como a taxa de emissão do boleto bancário, para o consumidor. Sobre o tema, decidiu o STJ: "(...) 3. Não é razoável que o consumidor seja obrigado a arcar com os custos de serviço contratado entre o recorrente e outra instituição bancária, sem que tenha qualquer participação nessa relação e sem que tenha se responsabilizado pela remuneração de serviço. 4. O serviço prestado por meio do oferecimento de boleto bancário ao mutuário já é remunerado por meio da 'tarifa interbancária', razão pela qual a cobrança de tarifa, ainda que sob outra rubrica, mas que objetive remunerar o mesmo serviço, importa em enriquecimento sem causa e vantagem exagerada das instituições financeiras em detrimento dos consumidores. 5. A cobrança de tarifa dos consumidores pelo pagamento de uma conta ou serviço mediante boleto bancário significa cobrar para emitir recibo de quitação, o que é dever do credor que por ela não pode nada solicitar (artigo 319 do CC/2002). 6. O entendimento dominante no STJ é no sentido de admitir a repetição do indébito na forma simples, e não em dobro, salvo provada má-fé. Contudo, a ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais (ausência de má-fé) impede o conhecimento do recurso especial. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido" (REsp 1.161.411/RJ, 3.ª T., j. 01.09.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10.10.2011). Mais recentemente, contudo, decidiu o mesmo tribunal em sentido diverso, acentuando a possibilidade de cobrança desde que haja opção entre diversos meios hábeis ao pagamento, e informação pré-contratual sobre a modalidade de cobrança por boleto: "RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. CUSTOS DE COBRANÇA. INFORMAÇÃO. LIBERDADE CONTRATUAL. LEGALIDADE. ART. 51, XII, DO CDC. RECIPROCIDADE. LIVRE PACTUAÇÃO. BOA-FÉ OBJETIVA. PROPORCIONALIDADE. 1. Cuida-se de ação coletiva proposta pela ANADEC contra a Editora Abril S.A., na qual aponta a ilegalidade da cobrança de R\$ 1,13 (um real e treze centavos) por boletos bancários emitidos em virtude da assinatura de revistas, custo que alega pertencer exclusivamente à empresa. 2. O Código de Defesa do Consumidor assegura a possibilidade de ressarcimento dos custos de cobrança de determinada obrigação tanto ao fornecedor quanto ao consumidor (art. 51, XII, do CDC). 3. No caso, o consumidor, antes de formalizar o negócio jurídico com a Editora Abril (fornecedora), na fase pré-contratual, foi informado da faculdade de optar por uma das três formas de pagamento oferecidas pela empresa: boleto bancário, débito em conta e débito no cartão de crédito. 4. Inexiste vantagem exagerada em decorrência da cobrança por carnê, em especial porque o boleto bancário não é imposto pelo fornecedor, mas, ao contrário, propicia ao consumidor uma comodidade, realizando a liberdade contratual e o dever de informação. 5. Ausente a onerosidade excessiva, porquanto mantidos o equilíbrio contratual, a proporcionalidade do acréscimo cobrado do consumidor e a boa-fé objetiva do fornecedor. 6. Recurso especial não provido." (STJ, REsp 1339097/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 03.02.2015, DJe 09.02.2015).
515. "Seguro. Veículo de carga. Exclusão dos riscos decorrentes de operação de carga e descarga. Impossibilidade. – É nula a cláusula do contrato de seguro que – cobrindo o transporte de cargas – exclui da cobertura as operações de carga e descarga (CDC, artigo 51, IV e § 1.º)" (STJ, REsp 613.397/MG, j. 25.09.2006, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 09.10.2006, p. 285).
516. "Consumidor. Cartão de crédito. Furto. Responsabilidade pelo uso. Cláusula que impõe a comunicação. Nulidade. CDC, artigo 51, IV. – São nulas as cláusulas contratuais que impõem ao consumidor a responsabilidade absoluta por compras realizadas com cartão de crédito furtado até o momento (data e hora) da comunicação do furto. Tais avenças de adesão colocam o consumidor em desvantagem exagerada e militam contra a boa-fé e a equidade, pois as administradoras e os vendedores

cláusula estabelecida em contrato de plano de saúde que estabelecer a suspensão do atendimento na hipótese de atraso de uma única parcela, ou que limita o tempo de internação e os exames a serem realizados,⁵¹⁷ conforme já decidiu, com sabedoria, o STJ.⁵¹⁸

Nesta mesma linha de entendimento, observando o dever de boa-fé que protege o respeito aos interesses legítimos do consumidor, também será abusiva a cláusula que exclui do tratamento coberto pelo plano de saúde, providência que é consequência necessária, em vista da finalidade de cura do segurado, de procedimento coberto pelo plano de saúde. É o caso do paciente que, tendo realizado prostatectomia, tem negado seu direito a esfínter urinário artificial, sob o argumento de que tal aparelho não se encontra coberto pelo plano,⁵¹⁹ do consumidor que submetido à cirurgia cardíaca, tem negada a aquisição de *stent* (aparelho a ser instalado durante a cirurgia, na válvula cardíaca do paciente),⁵²⁰ ou da recusa do fornecimento de quaisquer materiais associados razoavelmente ao êxito de um determinado procedimento cirúrgico.⁵²¹ Da

têm o dever de apurar a regularidade no uso dos cartões” (STJ, REsp 348.343/SP, j. 14.02.2006, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 26.06.2006, p. 130).

517. “Plano de saúde. Unimed. Limite de internação. Cláusula inválida. É inválida a cláusula do plano de saúde que limita o tempo de internação hospitalar e exclui os exames que nesse tempo se fizeram necessários ao tratamento do paciente. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 434.699/RS, j. 10.09.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU 11.11.2002, p. 225). Neste sentido consolidou seu entendimento o STJ, por intermédio da Súmula 302 que refere: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.
518. “Plano de saúde. Abusividade de cláusula. Suspensão de atendimento. Atraso de única parcela. Dano moral. Caracterização. I – É abusiva a cláusula prevista em contrato de plano de saúde que suspende o atendimento em razão do atraso de pagamento de uma única parcela. Precedente da 3.ª Turma. Na hipótese, a própria empresa seguradora contribuiu para a mora, pois, em razão de problemas internos, não enviou ao segurado o boleto para pagamento. II – É ilegal, também, a estipulação que prevê a submissão do segurado a novo período de carência, de duração equivalente ao prazo pelo qual perdurou a mora, após o adimplemento do débito em atraso. III – Recusado atendimento pela seguradora de saúde em decorrência de cláusulas abusivas, quando o segurado encontrava-se em situação de urgência e extrema necessidade de cuidados médicos, é nítida a caracterização do dano moral. Recurso provido” (STJ, REsp 259.263/SP, j. 02.08.2005, rel. Min. Castro Filho, DJU 20.02.2006, p. 330).
519. “Plano de saúde. Prostatectomia radical. Incontinência urinária. Colocação de prótese: esfínter urinário artificial. 1. Se a prótese, no caso o esfínter urinário artificial, decorre de ato cirúrgico coberto pelo plano, sendo consequência possível da cirurgia de extirpação radical da próstata, diante de diagnóstico de câncer localizado, não pode valer a cláusula que proíbe a cobertura. Como se sabe, a prostatectomia radical em diagnóstico de câncer localizado tem finalidade curativa e o tratamento da incontinência urinária, que dela pode decorrer, inclui-se no tratamento coberto, porque ligado ao ato cirúrgico principal. 2. Recurso especial conhecido e desprovido” (STJ, REsp 519.940/SP, j. 17.06.2003, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 01.09.2003, p. 288).
520. “Apelação cível. Plano de assistência médico-hospitalar. Cirurgia para colocação de *stent* com medicação negada pela seguradora. Cobertura obrigatória. Lei 9.656/98 aplicável ao caso concreto. Contrato com renovações automáticas e periódicas. Relação de trato sucessivo. Desnaturação da cláusula contratual que se mostra abusiva, por ofensa à lei pertinente e à constituição federal. Permissão. Inteligência do artigo 51 do CDC. Sentença mantida. Negaram provimento” (TJRS, ApCiv 70.015.710.023, 6.ª Câm. Civ., j. 26.10.2006, rel. Des. Artur Arnildo Ludwig). No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 635.944/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª Turma, j. 12.05.2015, DJe 19.05.2015.
521. “Agravo Regimental. Processual Civil. Plano de saúde. Cobertura securitária. Prótese necessária ao sucesso da cirurgia coberta pelo contrato. Impossibilidade de recusa. Incidência CDC. Súmula 83/STJ. 1. A jurisprudência desta Corte é pacífica em repudiar a recusa de fornecimento de instrumental

mesma forma, nos contratos bancários, aquela que prevê remuneração específica por serviço que se entenda ser do conteúdo de prestação já objeto de remuneração.⁵²²

O regime das cláusulas abusivas, quando protege o equilíbrio contratual, contempla igualmente o respeito ao adimplemento substancial da obrigação pelo credor.⁵²³ hipótese que, por conceito, deve obstaculizar a resolução do credor, atuando em favor do direito de manutenção do contrato.⁵²⁴ (direito básico do consumidor de manutenção do contrato).

A identificação das cláusulas abusivas e a decretação da nulidade da estipulação contratual em questão, será tarefa do juiz, ao examinar o caso concreto e identificar as circunstâncias da contratação, como se havendo ou não a vantagem exagerada em favor do consumidor, a ensejar o desequilíbrio dos interesses das partes no contrato.

2.3.4.5.6 Cláusulas de inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor

O artigo 51, VI, do CDC, define como abusivas as cláusulas contratuais que “estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor”. A abusividade de estipulação contratual com este teor é manifesta. A uma, porque a inversão é estabelecida no CDC como faculdade do juiz em benefício do consumidor. Trata-se, portanto de matéria de ordem pública, que não pode ser objeto de disposição contratual das partes interessadas. Em outro sentido propõe Nelson Nery, para quem, tal como estabelecida, a disposição não importa a nulidade da cláusula que inverte o ônus da prova, senão que esta será nula apenas quando esta inversão for contrária aos interesses do consumidor.⁵²⁵

Por outro lado, a regra que imponha o ônus da prova para o consumidor em contratos de consumo resulta, na prática, na impossibilidade de defesa ou exercício dos direitos do consu-

cirúrgico ou fisioterápico, quando este se encontrar proporcionalmente interligado à prestação contratada, como é o caso de próteses essenciais ao sucesso das cirurgias ou tratamento hospitalar decorrente da própria intervenção cirúrgica (...)" (STJ, AgRg no Ag 1.226.643/SP, 4.ª T., j. 05.04.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 12.04.2011).

522. STJ, REsp 1.208.567/RS, 3.ª T., j. 20.02.2014, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 10.03.2014.

523. Neste sentido decidiu o STJ: “Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações em atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio” (STJ, REsp 76.362/MT, j. 11.12.1995, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 01.04.1996).

524. Assim a posição do STJ: “Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência de boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido de reintegração de posse” (STJ, REsp 272.739/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 02.04.2001).

525. NERY JÚNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 576.

midor, que lhe são assegurados por lei. Observe-se, por exemplo, a circunstância em que o consumidor, frente ao mau funcionamento do produto, alegue vício do mesmo. Não é lícito, considerando sua vulnerabilidade técnica, que se lhe exija a prova da existência do vício e do comprometimento da utilização normal do produto. O caráter abusivo da cláusula contratual em destaque, neste sentido, abrange especialmente a proteção do consumidor contra vícios, assim como nas hipóteses de ausência da entrega do produto ou prestação do serviço como originariamente ajustado, situações em que o consumidor nem sempre terá como comprovar cabalmente a existência do vício ou do prejuízo, razão pela qual se estipula a presunção. E assim porque, igualmente, o ônus da prova dos fatos dirá respeito – quando se relacionem características ou procedimentos da prestação do produto ou serviço – à própria atividade do fornecedor.⁵²⁶

Da mesma forma, ofendem o sistema de proteção do consumidor, uma vez que estabelecem o ônus da prova em seu prejuízo, cláusulas que firmem declaração do consumidor sobre situação de fato, em relação as quais este não terá condições futuras de atestar sua correção ou não. É o caso da cláusula pré-redigida na qual o consumidor desde logo ateste que recebeu o produto ou serviço sem oferecer reclamação, ou de que foi, no momento de celebração do contrato, adequadamente esclarecido quanto a seus termos.⁵²⁷ Em todas estas situações, que geralmente serão examinadas no momento do litígio entre consumidor e fornecedor, caberá ao juiz comparar o conteúdo das cláusulas contratuais e os fatos a serem provados na demanda. Se ocorrer que em vista das cláusulas contratuais fique caracterizada afirmação capaz de induzir a inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor, caberá ao juiz o reconhecimento de seu caráter abusivo, cominando-lhe a respectiva nulidade.

2.3.4.5.7 Cláusulas que imponham arbitragem compulsória

O artigo 51, VI, estabelece como abusivas as cláusulas contratuais que “determinem a utilização compulsória de arbitragem”. Note-se que o vedado expressamente pelo CDC é a utilização compulsória da arbitragem, o que não prescindiria da estipulação de cláusula compromissória no contrato de consumo, prevendo este instrumento a necessidade de submissão das partes ao juízo arbitral. Presentes estas circunstâncias, há de se reconhecer a nulidade da cláusula compromissória em questão. A simples previsão do recurso à arbitragem, por si, não caracteriza a abusividade, uma vez que a arbitragem só poderá recair sobre direitos disponíveis do consumidor.⁵²⁸ Todavia, não se deve perder de vista o perigo de o árbitro, nos contratos de consumo, vir a ser designado pelo contratante mais forte (o fornecedor).⁵²⁹ Essa foi uma das razões, inclusive, para o veto da Presidente da República a dispositivo da Lei 13.129/2015, que expressamente permitia a arbitragem nas relações de consumo. A redação pretendida era a seguinte: “Na relação de consumo estabelecida por meio de contrato de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição”. Contudo, o texto em questão foi vetado, tendo fundamentado sua decisão, a Presidente da República, sob o argumento de que “da forma prevista, os dispositivos alterariam as regras para arbitragem em contrato de adesão. Com isso, autorizariam, de forma ampla, a arbitragem nas relações de consumo, sem deixar claro que a manifestação de vontade do consumidor deva se dar também no momento posterior ao surgi-

526. *Idem*, p. 577.

527. Os exemplos são de Nelson Nery Júnior. *Idem*, p. 575-576.

528. *Idem*, p. 578-581.

529. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 704-705.

mento de eventual controvérsia e não apenas no momento inicial da assinatura do contrato. Em decorrência das garantias próprias do direito do consumidor, tal ampliação do espaço da arbitragem, sem os devidos recortes, poderia significar um retrocesso e ofensa ao princípio norteador de proteção do consumidor”.

Revigorada está, pois, a importância indicada pela norma do artigo 51, VI, de que se asse-gure, na hipótese de recurso à arbitragem de consumo, que a mesma seja voluntária e não compulsória, retirando os meios do consumidor recorrer ao Poder Judiciário visando à tutela de seus direitos.

Neste sentido, cominando de nulidade, porque abusiva, a cláusula contratual que prevê a arbitragem compulsória, o CDC buscar resguardar o consentimento válido do consumidor na estipulação da cláusula arbitral como instrumento alternativo de solução de controvérsias. Neste sentido, o entendimento jurisprudencial de que a nulidade da cláusula que imponha a arbitragem compulsória não impede que possa o consumidor, após a ocorrência do litígio, em acordo com o fornecedor, recorrer à arbitragem.⁵³⁰ A preservação da voluntariedade do recurso à arbitragem e da proteção de direitos indisponíveis do consumidor, contudo, permanecem sob o controle do Poder Judiciário.

2.3.4.5.8 Cláusulas-mandato

Outra cláusula contratual abusiva rejeitada pela jurisprudência, diz respeito à denominada cláusula-mandato. Trata-se da cláusula pela qual uma das partes nomeia antecipadamente a outra parte como sua representante, outorgando-lhe poderes para realização de determinados atos ou negócios em seu próprio favor. O artigo 51, VIII, determina como cláusula abusiva aquela que “imponha representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor”. Ou seja, a cláusula pela qual o consumidor nomeia o próprio fornecedor, ou terceiro, para que realize ato ou negócio em seu próprio benefício, porquanto na qualidade de representantes do consumidor.

A importância do controle destas espécies de estipulações, em que o representante aja, no exercício dos poderes de representação, em seu próprio benefício, não se observa com exclusi-

530. “Direito processual civil e consumidor. Contrato de adesão. Convenção de arbitragem. Limites e exceções. Arbitragem em contratos de financiamento imobiliário. Cabimento. Limites. 1. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no artigo 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no artigo 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do artigo 4.º, § 2.º, da Lei 9.307/96. 2. O artigo 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. 3. As regras dos artigos 51, VIII, do CDC e 34 da Lei 9.514/1997 não são incompatíveis. Primeiro porque o artigo 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem. 4. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ, REsp 1169841/RJ, 3.ª T., j. 06.11.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 14.11.2012).

vidade no direito do consumidor. No próprio direito civil, estas espécies de negócio jurídico, são denominadas como *contratos consigo mesmo*, remetendo à possibilidade de anulação do negócio pelo representado prejudicado, em conformidade com o artigo 117 do CC.⁵³¹ Quando se trate de contratos de consumo, todavia, uma vez que caracterizem desequilíbrio no poder de direção da relação contratual, está cláusula deverá ser considerada abusiva, e por isso nula. Logo, os atos ou negócios que sejam celebrados com fundamento na prerrogativa estabelecida pela cláusula nula serão, por isso, ineficazes.

Assim por exemplo a decisão do STJ que considerou ineficaz a hipoteca celebrada pela construtora em favor do banco financiador da obra, mediante cláusula contratual do consumidor adquirente do imóvel que autorizava sua constituição. Neste caso, a nulidade da cláusula que no contrato entre o fornecedor e o consumidor autorizava a hipoteca (espécie de cláusula mandato que transferia os riscos do empreendimento ao consumidor), importou na ineficácia do direito real de hipoteca celebrado em favor do fornecedor.⁵³² Da mesma forma ocorre em relação aos contratos bancários, nos quais, conforme a doutrina,⁵³³ aparecem como principais hipóteses de cláusulas-mandato, em favor da instituição bancária: a) a cláusula irrevogável pelo qual o consumidor autoriza o banco a emitir e aceitar título de crédito no valor correspondente à dívida apurada unilateralmente;⁵³⁴ b) a cláusula pela qual o consumidor autoriza o banco a debitar de sua conta corrente os custos e despesas decorrentes da emissão de cartão de crédito, bem como do valor das faturas vincendas do mesmo;⁵³⁵ e c) a cláusula pela qual o consumidor autoriza o

531. A respeito, veja-se: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 237-238.

532. “Compra e venda de bem imóvel assinada e paga antes do contrato de financiamento entre a construtora e o banco, mediante garantia hipotecária. Ausência de consentimento dos promitentes compradores. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do artigo 51, VIII, do CDC. 1. Considerando o Acórdão recorrido que o bem foi comprado e integralmente pago antes do contrato de financiamento com garantia hipotecária, que os adquirentes não autorizaram a constituição de tal gravame, que sequer o mandato foi exercido e, ainda, que é abusiva a cláusula que institui o mandato, a teor do artigo 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não existe afronta a nenhum dispositivo sobre a higidez da hipoteca, presente a peculiaridade do cenário descrito. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 296453/RS, j. 05.06.2001, rel.^a Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 03.09.2001, p. 222).

533. CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito...*, p. 174.

534. “Processo civil. Recurso especial. Agravo regimental. Contrato bancário. Nota promissória. Cláusula mandato. Violação ao artigo 51, IV, CDC. Súmula 60 do STJ. Nulidade. Desprovisionamento. I – É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso. Isto porque tal cláusula não se coaduna com o contrato de mandato, que pressupõe a inexistência de conflitos entre mandante e mandatário. Precedentes (REsp 504.036/RS e AgRg Ag 562.705/RS). 2 – Ademais, a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado, caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no artigo 51, IV do CDC. Precedente (REsp 511.450/RS). 3 – Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no REsp 808603/RS, j. 04.05.2006, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 29.05.2006, p. 264).

535. “Processo civil. Recurso especial. Ação de prestação de contas. Contrato de cartão de crédito. Crédito rotativo. Empréstimo bancário. Cláusula-mandato. Limites do repasse. Prestação de contas. Prova dos encargos repassados ao titular do cartão. Insuficiência. Exigência de se provar o valor dos encargos captados na origem. – A administradora de cartões de crédito apenas poderá repassar ao titular do cartão os mesmos encargos que, em razão da cláusula-mandato, pactuou com a instituição

banco a aplicar recursos disponíveis no mercado financeiro, a seu exclusivo critério, mas em prejuízo do outorgante. Na primeira hipótese, caso em que o consumidor autoriza a emissão e aceitação de título da dívida determinada de forma unilateral, sua rejeição tem o condão de impedir toda sorte de comportamentos abusivos do credor,⁵³⁶ tendo o STJ sedimentado seu entendimento por intermédio da Súmula 60, nos seguintes termos: “É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.

O que o CDC estabelece, em essência, é a abusividade da cláusula que autorize a nomeação de procurador do consumidor que atue, em representação deste, no exclusivo atendimento dos interesses do fornecedor. Neste sentido, como refere Nelson Nery Júnior, “não há necessidade de que o conflito seja real. Basta a possibilidade de existir”.⁵³⁷ O caráter abusivo da cláusula satisfaz-se – determinando sua nulidade – com a simples outorga de poder, e, portanto, de oportunidade do fornecedor de agir em favor do seu próprio interesse.

2.3.4.5.9 Cláusulas potestativas

Em muitos contextos, a expressão *cláusula potestativa* é examinada com o mesmo sentido de cláusula abusiva, sobretudo na aproximação histórica entre o tratamento das cláusulas potestativas no direito anterior ao CDC e o regime das cláusulas abusivas estabelecido pela norma de proteção do consumidor.⁵³⁸ Na sistemática adotada pelo CDC, todavia, parece-nos que as cláusulas potestativas surgem como espécies de cláusulas abusivas, uma vez que, a teor dos incisos IX, X, XI e XIII, estabelecem tão forte poder de direção do fornecedor na direção do contrato de consumo, que termina por diminuir ou suprimir a possibilidade do consumidor promover com alguma utilidade seus interesses, comprometendo o equilíbrio do contrato e, por isso, a validade das cláusulas contratuais abusivas que dão causa a esta desigualdade.

Estabelecem os incisos IX, X, XI e XIII do CDC, definindo como cláusulas abusivas as que, respectivamente: “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; (...) XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração; (...)”.

Em todas estas hipóteses mencionadas, o conteúdo principal do poder de direção da relação contratual, mediante legitimação prevista pelo contrato de consumo, pertence ao fornecedor. E é o fato desta previsão unilateral das prerrogativas e demais direitos estabelecidos no

financeira mutuante. – Em consequência, está a administradora sujeita a prestar contas ao titular do cartão a fim de demonstrar, de forma discriminada, não apenas os encargos e as condições que lhe foram repassados, mas também a prova dos encargos e das condições que, na origem, foram captados junto à instituição financeira. Recurso especial provido” (STJ, REsp 523.154/RS, j. 21.08.2003, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 22.09.2003, p. 325).

536. Assim decidiu o STJ: “Mora. Vencimento antecipado. Emissão de título pelo valor total do débito. A cláusula que permite preencher e levar a protesto nota promissória com o valor total da dívida por causa do atraso de uma prestação, das vinte e quatro diferidas, impede o devedor a purga da mora e por isso não pode ser admitida. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 291.637/RS, 4.ª T., j. 05.06.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior).

537. NERY JUNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor*..., 8. ed., p. 585.

538. Como demonstra Cláudia Lima Marques em: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários*..., p. 696.

contrato, que fazem emprestar abusividade às suas disposições. Note-se que a abusividade das estipulações contratuais mencionadas reside no desequilíbrio que promovem, em detrimento do consumidor. Caso contrário, se os mesmos poderes fossem conferidos a ambas as partes, seu caráter abusivo desapareceria.

Neste sentido são os diversos casos previstos pela jurisprudência, com relação à impossibilidade de rescisão unilateral do contrato de plano de saúde, em face do juízo exclusivo do fornecedor de inviabilidade de sua manutenção,⁵³⁹ ou a cláusula de fixação de juros remuneratórios, em contrato bancário, que deixa a estipulação do índice ao arbítrio do fornecedor.⁵⁴⁰

539. *Consumidor. Plano de saúde. Cláusula abusiva. Nulidade. Rescisão unilateral do contrato pela seguradora. Lei 9.656/98. É nula, por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a sua rescisão unilateral pela seguradora, sob simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença. Recurso provido* (STJ, REsp 602.397/RS, j. 21.06.2005, rel. Min. Castro Filho, DJU 01.08.2005, p. 443).
540. Processo civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Agravo regimental. Contrato bancário. Abertura de crédito em conta corrente. Juros remuneratórios. Taxa não estabelecida no contrato. Limitação em 12% ao ano. desprovimento. 1 – Este Tribunal já proclamou o entendimento no sentido de que, quanto aos juros remuneratórios, uma vez não estabelecida no contrato a taxa de juros a ser aplicada, conforme explicitado no v. acórdão recorrido, deve ser imposta a limitação de 12% ao ano, vez que a previsão de que o contratante deve arcar com os juros praticados no mercado financeiro é cláusula potestativa, que sujeita o devedor ao arbítrio do credor ao assumir obrigação futura e incerta. Precedentes (AgRg REsp 689.819/RS, AgRg no Ag 585.754/RS e REsp 551.932/RS). 2 – Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 810.553/RS, j. 04.05.2006, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 29.05.2006, p. 264). No mesmo sentido: “Recurso especial. Processual civil. Ação civil pública. Código de defesa do consumidor. Contrato de financiamento bancário. Cláusulas gerais. Prova pericial. Fundamento inatacado. Desnecessidade. Substituição unilateral de indexador. Impossibilidade. Vencimento antecipado. Constituição em mora. Rescisão do contrato. Validade parcial. Resta insuficientemente fundamentado o recurso se o recorrente se restringe a aduzir maltrato ao artigo 125 do CPC, por suposto tratamento desigual dado às partes, sem, contudo, refutar a motivação do decisório hostilizado, sem indicar quais as provas cuja produção entendia necessárias, nem em que seriam as mesmas úteis ao correto deslinde da controvérsia, sendo certo que permaneceu íntegro o fundamento do acórdão hostilizado no sentido da mais absoluta desnecessidade de produção de prova pericial. É nula de pleno direito a cláusula que autoriza o banco, após a extinção do indexador originalmente contratado, escolher, a seu exclusivo critério, de forma unilateral, qual o índice que vai aplicar na correção dos saldos devedores do financiamento, sendo nítido o maltrato ao que dispõe o artigo 51, X e XIII, do CDC, ao qual o acórdão recorrido não negou vigência, ao contrário, garantiu plena aplicação. Permanece válida, contudo, a cláusula na parte em que determina a substituição do índice contratual, em caso de sua extinção, pelo índice oficial que vier a sucedê-lo. Inadmissível, outrossim, a genérica rescisão contratual automática pelo simples descumprimento de qualquer obrigação por parte do financiado, sem a descrição detalhada das referidas obrigações a que se refere a cláusula impugnada. Validade parcial da cláusula contratual de n. 10 do contrato-padrão, na parte em que, em caso de falência ou concordata do devedor, protesto de título ou não pagamento de qualquer prestação no vencimento, considera em mora o devedor e automaticamente rescindido o contrato, com o vencimento antecipado de todas as parcelas, com a ressalva de que a rescisão contratual dependerá, necessariamente, de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial, para constituição do devedor em mora. Tal raciocínio se coaduna com a jurisprudência desta Corte, que já se solidificou no sentido de que, em contratos em que haja a alienação fiduciária de bem para a garantia do contrato, como no caso do contrato-padrão em exame, “a comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente”, nos exatos termos da Súmula 72/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido” (STJ, REsp 27.4264/RJ, 4.ª T., j. 26.02.2002, rel. Min. Cesar Asfor Rocha).

As cláusulas potestativas configuram-se como abusivas, assim, em razão do desequilíbrio *prima facie* a que dão causa na relação entre as posições contratuais do fornecedor e do consumidor.⁵⁴¹ O caráter unilateral das disposições estabelecidas nas cláusulas abusivas combinadas reduz o consumidor a mero espectador da atuação negocial do fornecedor, o que não se coaduna com o sistema protetivo do CDC.

2.3.4.5.10 Cláusulas-surpresa

Por fim, dentre as várias espécies de cláusulas abusivas, impõe que se mencionem as denominadas cláusulas-surpresa. Trata-se de espécies de cláusulas abusivas inicialmente previstas no inciso V, do artigo 51, do CDC, mas que foram vetadas por ocasião da promulgação do CDC. São cláusulas cujo caráter abusivo decorre do comprometimento da qualidade do consentimento do consumidor, uma vez que podem ser definidas como aquelas que, de acordo com a aparência global do contrato, vem a surpreender o consumidor.⁵⁴² A surpresa do consumidor, como ensina Nelson Nery Júnior, “pode decorrer não só da má-fé do fornecedor na conclusão do contrato e da falta de esclarecimento adequado sobre o conteúdo do contrato, mas também da redação obscura, dúbia ou contraditória de uma ou mais cláusulas”.⁵⁴³

O veto presidencial ao inciso V, do artigo 51 do CDC foi justificado pela consideração de que a disposição em questão reproduzia, no essencial, o que dispõe o inciso IV da mesma norma. De fato, a proteção almejada pelo legislador é possível de ser alcançada, com a respectiva cominação de nulidade da cláusula pela aplicação do artigo 51, IV, e a cominação da nulidade da cláusula-surpresa por contrariedade à boa-fé. Ou ainda, a aplicação do artigo 46 do CDC, e a determinação do caráter abusivo das estipulações não informadas adequadamente ao consumidor, em face da violação do dever de informar do fornecedor, cuja caracterização é eminentemente objetiva (sem a necessidade da presença de má-fé ou culpa do titular do dever descumprido).

A jurisprudência brasileira, ainda que de forma tímida, vem reconhecendo a abusividade da cláusula-surpresa,⁵⁴⁴ cujo fundamento básico, antes da violação propriamente dita do equi-

541. Não são abusivas, contudo, cláusulas que prevejam providência necessária em vista da natureza do negócio ou do vínculo entre as partes. É o caso da cláusula prevista em contrato de promessa de compra e venda do imóvel que preveja a necessidade de anuência do fornecedor para a cessão da posição contratual do consumidor em favor de terceiro. Assim decidiu, corretamente, o STJ: REsp 1027669/SC, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, 4.^a Turma, j. 02.12.2014, DJe 18.05.2015.

542. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 794-795.

543. NERY JR. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 572-573.

544. Neste sentido, a decisão do TJRS: “Código do Consumidor. Relação de consumo. Compra e venda de imóvel. Contrato. Cláusula que prevê a faculdade de correção do saldo pela aplicação do melhor índice entre o IGP-M ou CUB/RS. Invalidez e ineficácia. Abusividade configurada. Inteligência do artigo 51, CDC. Considera-se cláusula surpresa, vedada no sistema do consumidor, portanto, nula de pleno direito, aquela que estabelece dois índices de correção monetária, facultando ao credor a eleição do que mais lhe beneficia. Sentença mantida” (TJRS, ApCiv 598.465.235, 9.^a Câm. Civ., j. 10.11.1999, rel. Des. Mara Larsen Chechi). Da mesma forma, a decisão do STJ no caso da cláusula supresa na oferta e contratação do título de capitalização Telesena: Recurso especial. Direito do consumidor. Negativa de prestação jurisdicional. Art. 535 do CPC. Não ocorrência. Princípio da congruência. Aplicação. “Tele sena dia das mães”. Direito de informação clara e objetiva. Regras do sorteio. Omissão. Propaganda Enganosa. Interpretação mais favorável ao consumidor. Abusividade. Cláusula surpresa. Direito de informação. Fase pré-contratual.

livro contratual, é determinado pela violação do dever de informação do consumidor. Neste sentido, a caracterização da cláusula-surpresa e sua nulidade, pode se dar em contratos de consumo que se apresentem demasiado extensos ou mesmo complexos, em face da sua celebração por um consumidor leigo. Cabe ao fornecedor promover as iniciativas necessárias para prestar o esclarecimento adequado dos termos do contrato para o consumidor, da mesma forma que a ele incumbe demonstrar que o esclarecimento tenha se dado de modo adequado. Caso contrário, presume-se a ausência de esclarecimento mediante o exame das circunstâncias do contrato, suas características e o conteúdo da cláusula que venha a surpreender o consumidor. Diante desta constatação, caracteriza-se o comprometimento da qualidade do consentimento e, em razão disso, é determinada a cominação de nulidade à cláusula-surpresa, por que abusiva.

2.3.5 Interpretação dos contratos de consumo

Ao lado das normas de proteção do consumidor com relação ao controle de conteúdo dos contratos de consumo, não descarta o legislador no estabelecimento de regra favorável ao sujeito vulnerável também em relação à interpretação dos contratos de consumo. Estabelece, neste sentido, o artigo 47 do CDC: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

A interpretação dos contratos é sem dúvida, um dos temas mais complexos da teoria contratual contemporânea. Na visão clássica da interpretação dos contratos, a intenção dos contratantes, ou seja, as razões internas e subjetivas que levaram a celebração do contrato em determinados termos, devia ser considerada mais relevante do que o conteúdo da declaração de vontade, elemento objetivo que se prestava ao conhecimento dos demais contratantes. Ocorre que, conforme ensina Ferrer Corrêa, “toda a declaração de vontade comporta, em potência, uma pluralidade de sentidos”.⁵⁴⁵ Desse modo, dentre as diversas espécies de interpretação possíveis (gramatical, histórica, lógica), cabe ao intérprete, do negócio jurídico, como regra, a

Incidência. 1. Cuida-se de ação de cobrança proposta por consumidora contra empresa sob alegação de ter sido vítima de propaganda enganosa em relação a sorteio de título de capitalização denominado “Tele.Sena Dia das Mães 1999”. 2. Enganosa é a mensagem falsa ou que tenha aptidão a induzir a erro o consumidor, que não conseguiria distinguir natureza, características, quantidade, qualidade, preço, origem e dados do produto ou serviço contratado. 3. No caso concreto, extrai-se dos autos que dados essenciais do produto ou serviço adquirido foram omitidos, gerando confusão para qualquer consumidor médio, facilmente induzido a erro. 4. As regras contratuais devem ser postas de modo a evitar falsas expectativas, tais como aquelas dissociadas da realidade, em especial quanto ao consumidor desprovido de conhecimentos técnicos. 5. O CDC, norma principiológica por natureza, proíbe e limita os contratos impressos com letras minúsculas que dificultem, desestimulem ou impeçam a leitura e compreensão pelo consumidor, visando permitir o controle de cláusulas contratuais gerais e a realização da liberdade contratual. 6. À luz do princípio da vulnerabilidade (art. 4.º, I, do CDC), princípio norteador das relações de consumo, as cláusulas contratuais são interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (art. 47 do CDC). 7. A transparência e a boa-fé permeiam a contratação na fase pré-contratual. 8. É vedada a cláusula surpresa como garantia do equilíbrio contratual e do direito de informação ao consumidor. 9. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1344967/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 26.08.2014, DJe 15.09.2014).

545. FERRER CORRÊA, A. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 155.

interpretação da declaração da vontade retirando-lhe o sentido que objetivamente revele. Tal objetividade consistirá então, no significado que lhe atribuir um grupo de pessoas pertencentes a uma "comunidade linguística".⁵⁴⁶

A par da teoria tradicional de interpretação do negócio jurídico, a nova teoria contratual e as circunstâncias que a envolvem como a complexidade das contratações, a importância da publicidade e da oferta, e a vulnerabilidade de certos contratantes (caso do consumidor), impuseram a necessidade de eleição de novos critérios para a interpretação de certos contratos, dado seus aspectos distintivos em relação à concepção comum de contrato herdada da teoria clássica.

Uma primeira modificação de grande importância, hoje já consagrada inclusive no Código Civil, é a interpretação do contrato de modo mais favorável ao aderente (Artigo 423. "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente"). Note-se, contudo, que a interpretação do contrato não se esgota na interpretação das declarações negociais, da proposta e aceitação. Ao contrário, a interpretação do contrato só tem sentido, quando visar a uma *interpretação complementar* (*ergänzende Auslegung*),⁵⁴⁷ "entendida como interpretação objetiva destinada ao preenchimento de lacunas que as partes tenham deixado no preenchimento de seu plano de regulação contratual".⁵⁴⁸

Atualmente, na interpretação dos contratos em geral, e nos contratos de consumo em particular, de enorme importância é a função interpretativa e integrativa da boa-fé objetiva.⁵⁴⁹ Assim estabelece hoje, no direito brasileiro, tanto o CDC (artigo 4.º, I), quanto o próprio Código Civil (artigo 113). Neste sentido, aliás, registre-se do STJ, no qual a Corte reconheceu como abrangida na cobertura reconhecida para o *dano corporal* prevista em cláusula da apólice de seguro contra acidentes de trânsito em que era segurada uma transportadora, também o *dano moral*, a que esta veio a ser condenada em juízo.⁵⁵⁰ E da mesma forma, todas as situações de cláusulas de redação dúbia ou lacunosa⁵⁵¹, nos contratos de seguro, em que a jurisprudência

546. Idem, p. 156-157.

547. A tese é de LARENZ, Karl. *Derecho civil. Parte general*. Trad. Miguel Izquierdo. Madrid: ERDP, 1978. p. 744-745.

548. FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Interpretação do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 17. São Paulo: RT, jan.-mar. 1996, p. 10.

549. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 742. MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado*, p. 431. NERY JÚNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 545.

550. STJ, 4.ª T., Ag 935.821, rel. Aldir Passarinho Júnior; j. 6.12.2007.

551. "Recurso especial. Contrato de seguro de veículo. Acidente de trânsito. Apólice. Danos morais com valor em branco. Cláusula de exclusão dos danos morais. Inexistência. Artigos 46 e 47 do CDC. Correção monetária. Juros de mora. Termo inicial. 1. Os danos pessoais/corporais previstos no contrato de seguro de veículo englobam os danos morais, salvo se houver cláusula expressa que exclua tal garantia. Precedentes. 2. Não é razoável admitir que a simples lacuna de valores quanto ao campo "danos morais" seja suficiente para afastar por completo esse tipo de reparação, notadamente em virtude de a mesma apólice prever cobertura dos danos corporais. 3. Contrato que deve ser examinado à luz dos artigos 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor. 4. A correção monetária incide desde a data da celebração do contrato até o dia do efetivo pagamento do seguro, pois a apólice deve refletir o valor contratado atualizado. Precedentes. 5. Nas obrigações contratuais, os juros de mora devem incidir a partir da citação. Precedentes. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido." (STJ, REsp 1447262/SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 04.09.2014, DJe 11.09.2014).

reiteradamente vem aplicando o art. 47 do CDC, para assegurar a interpretação mais favorável ao consumidor.⁵⁵²

E, neste sentido, é de ser levada em conta, em virtude da aplicação da boa-fé objetiva aos contratos, a interpretação das declarações negociais (oferta, publicidade, cópia do contrato), em consideração às possibilidades de compreensão do seu destinatário.⁵⁵³ A falta de informação e esclarecimento adequados ao consumidor (informar deficientemente, não destacar cláusula limitativa de direitos) implica violação do dever de informar, e conseqüentemente, dá causa aos efeitos previstos no CDC (e.g. a ineficácia da obrigação do consumidor em relação ao que não lhe foi adequadamente informado como preconiza o artigo 46).

A justificativa de interpretação mais favorável ao consumidor,⁵⁵⁴ em vista da boa-fé e da proteção dos interesses legítimos do consumidor será, em primeiro lugar, a vulnerabilidade da posição contratual do consumidor. Entretanto, diferente da proteção que dispõe o Código Civil com relação à interpretação favorável ao aderente (artigo 423), a interpretação favorável ao consumidor não alcança apenas as cláusulas ambíguas ou contraditórias, mas sim todo o conteúdo do contrato.⁵⁵⁵ Da mesma forma, o conteúdo do contrato a ser interpretado não se resume às cláusulas que integram o instrumento contratual. No regime dos contratos de consumo, ao lado das estipulações contratuais expressas, nascidas do consentimento entre consumidor e fornecedor, há de se considerar também todas as disposições legais estabelecidas pelo CDC em vista destes contratos,⁵⁵⁶ como, por exemplo, as regras sobre vícios, oferta, publicidade, informação e cláusulas abusivas.

552. STJ, AgRg no REsp 1.331.935/SP, 3.ª T., j. 03.10.2013, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 10.10.2013.

553. LARENZ. *Derecho civil...*, p. 457. Neste sentido, é ilustrativa a decisão referida por MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. Comentários..., p. 654-655: "*Seguro. Indenização. Cláusula contratual estabelecendo que, em caso de furto simples do bem segurado, não haverá responsabilidade por perdas e danos. fato que não exime a seguradora do pagamento da verba, pois não se pode aceitar que pessoa leiga tenha compreensão da distinção entre aquela modalidade de crime e a sua forma qualificada. Ementa da Redação: No contrato de seguro, sabidamente classificado de adesão, o fato de existir cláusula que estabeleça que, em caso de furto simples do bem segurado, a seguradora não responderá por perdas e danos não a exime do pagamento da indenização, pois não se pode aceitar que pessoa leiga tenha compreensão da distinção entre aquela modalidade de crime e a sua forma qualificada. Seguro. Indenização. Perda total do bem segurado. Verba devida pela seguradora correspondente ao valor da apólice e não ao preço de mercado do objeto da avença, até porque o prêmio é cobrado sobre aquele valor. Ementa da Redação: Ocorrendo a perda total do bem segurado, a indenização devida pela seguradora deve corresponder ao valor da apólice e não ao preço de mercado do objeto da avença, até porque o prêmio é cobrado sobre aquele valor (TJMS, ApCiv 61.153-8, 2.ª T., j. 30.03.1999, rel. Des. Joenildo de Sousa Chaves, RT 768/329).*"

554. Em nosso sistema não parece haver dificuldade em encontrar a justificativa básica de interpretação mais favorável ao consumidor no reconhecimento legal de sua vulnerabilidade. Não recorreremos, portanto, às justificações hesitantes a que faz referência Françoise Domont-Naert, ao examinar a regulamentação do contrato de consumo no direito europeu. DOMONT-NAERT, Françoise. As tendências atuais do direito contratual no domínio da regulação das cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 12, p. 17-24. São Paulo: RT, out.-dez. 1994.

555. Assim, também, no direito estrangeiro. O artigo 5.º da Diretiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, estabelece que "em caso de dúvida quanto ao sentido de uma cláusula, a interpretação mais favorável ao consumidor prevalece".

556. Assim ensina: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 746-747.

A boa-fé neste sentido, não é somente um cânone de interpretação. O intérprete ao mesmo tempo em que realiza a identificação do significado das disposições contratuais, promove a concreção da cláusula geral de boa-fé,⁵⁵⁷ reconhecendo direitos e deveres implícitos no contrato em exame.

Este por exemplo é o caso quando há contradição entre os termos expressos no instrumento contratual celebrado pelo consumidor, e aquilo que foi expresso e oferecido pela oferta ou publicidade promovida pelo fornecedor. Sendo que tais declarações prévias à celebração do contrato integram, sob qualquer forma, o conteúdo do contrato (artigo 30 do CDC), havendo contradição entre as disposições, prevalece a mais favorável ao consumidor.⁵⁵⁸ Da mesma forma pode a interpretação mais favorável ao consumidor determinar que passe a integrar o contrato, em face das circunstâncias da contratação ou da execução do ajuste, obrigação que originariamente estava excluída ou limitada por força do contrato.⁵⁵⁹

Em todos estes casos, a interpretação do contrato de modo mais favorável ao consumidor vai encontrar seu fundamento não apenas na proteção do contratante mais vulnerável, mas também em vista dos novos princípios do direito contratual contemporâneo, como a boa-fé e a função social dos contratos. Estas novas exigências da atividade de interpretação do contrato requerem do juiz-intérprete, assim como dos demais profissionais dedicados a tal fim, a tarefa de demonstrar a correção e adequação dos significados atribuídos aos termos estabelecidos no instrumento do contrato. Da mesma forma, determina a compreensão da relação entre consumidor e fornecedor como não restrita apenas ao instrumento contratual celebrado pelas partes, mas sim a todo o processo de construção do vínculo contratual, desde a oferta e publicidade até os efeitos que o contrato de consumo há de produzir, mesmo após sua extinção (eficácia pós-contratual).

2.4 EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONSUMO E SEUS EFEITOS

A extinção da relação contratual, em direito privado, ocorre em regra por uma das duas causas seguintes: o adimplemento da obrigação (cumprimento do contrato), que a partir do pagamento⁵⁶⁰ produz a satisfação objetiva da prestação e os efeitos liberatórios do devedor; ou o inadimplemento, cuja distinção básica entre suas espécies diz respeito ao fato de ter se produzido com culpa ou sem culpa do devedor – critério de relevo para determinar seus efeitos. Da

557. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 751.

558. "Resolução contratual. Publicidade enganosa. Contrato de promessa de compra e venda. Cláusula com conteúdo dúbio, colocando o consumidor em desvantagem perante o promitente vendedor. Aplicação do CDC. Tratando-se de relação de consumo, onde a publicidade veiculada é enganosa, já que sonega informações quanto à existência de vários índices de reajuste nas parcelas do imóvel, além do que contém cláusulas de conteúdo dúbio, impõe-se a procedência da reconvenção, reconhecendo o direito da ré em obter a escritura do imóvel" (TJRS, ApCiv 599.334.307, 19.ª Cam. Civ., j. 23.11.1999, rel. Des. Carlos Rafael dos Santos Júnior).

559. "Contrato. O contrato de saúde firmado para cobrir despesas médico-hospitalares no combate ao câncer deve ser interpretado como meio de cobertura plena para esse fim, inclusive para atender aos custos do transplante autólogo de células-tronco do paciente, sem o que não se obtém sucesso com a quimioterapia. O veto representa ofensa ao direito básico do consumidor-paciente (artigos 47 e 51, § 1.º, II, da Lei 8.078/90 e 170, V, da Constituição Federal). Recurso não provido" (TJSP, ApCiv 73.617-4, 2.ª Cam., j. 23.02.1999, rel. Des. Ênio Zuliani).

560. Para o exame das diversas teorias sobre a natureza do pagamento e seus efeitos, veja-se: FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: RT, 2006. p. 48 et seq.

mesma forma, distingue-se o inadimplemento em absoluto ou relativo, dizendo respeito o primeiro a impossibilidade ou inutilidade do cumprimento posterior, fora dos termos estabelecidos pelas partes, ou no caso do inadimplemento relativo (a mora), permite o aproveitamento útil da prestação posteriormente, ainda que não nas condições originais ajustadas.

O direito do consumidor, em face do diálogo de coerência que estabelece suas normas com as de direito civil, no que se refere ao uso de uma mesma base conceitual, não desconhece estes conceitos e deles se utiliza. Entretanto, o exame que se faz aqui, é dos aspectos específicos do direito do consumidor com relação à extinção do contrato de consumo. De modo especial, às indicações legislativas do próprio CDC, vivamente desenvolvidas pela jurisprudência em geral, sobre a aplicação da principiologia deste microsistema jurídico, em vista da finalidade básica de proteção do consumidor.

2.4.1 *Direito de arrependimento do consumidor*

O direito de arrependimento do consumidor é previsto no artigo 49 do CDC, nos seguintes termos: “O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”. Este direito de arrependimento ou desistência tem natureza de direito formativo extintivo do contrato, uma nova espécie de direito de resolução contratual, cuja eficácia depende exclusivamente do seu exercício por parte do consumidor. Observe-se, contudo, que é pressuposto básico da existência deste direito a circunstância fática da contratação ter sido feita fora do estabelecimento comercial, tratando o legislador de exemplificar situações como as contratações celebradas por telefone ou a domicílio (*door-to-door*), ao que hoje se pode acrescer as realizadas via Internet assim com as realizadas há muito tempo em via pública, mediante abordagem direta do consumidor.

A *ratio* da norma é a proteção do consumidor com relação às técnicas de pressão dos fornecedores para realização do contrato de consumo, de modo que mesmo a interpretação do que seja “fora do estabelecimento comercial” deve ser alargada, buscando assegurar o direito de arrependimento em situações nas quais, mesmo sendo a contratação realizada dentro de um estabelecimento comercial, o modo de contratação indica estratégia do fornecedor, visando à descaracterização desta circunstância. É o caso da contratação de *time-sharing* na qual o consumidor inicialmente era convidado para uma festa, que embora ocorrendo dentro do estabelecimento do fornecedor, encontrava-se descaracterizado como tal, e na qual o consumidor é submetido ao apelo de compra por horas, mediante a veiculação de vídeos, prospectos e outras técnicas de abordagem pelo fornecedor,⁵⁶¹ inibindo sua decisão racional.⁵⁶² Da mesma forma as

561. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 719 *et seq.* Recentemente, no direito europeu, a Diretiva 2011/83/UE alterou a disciplina do direito de arrependimento visando a sua ampliação, inclusive em relação ao prazo, que passa a ser de 14 dias (o dobro da regra brasileira) e impondo o reforço do dever de informar acerca da possibilidade de arrependimento pelo consumidor. Para o exame da diretiva, veja-se o estudo de MARQUES, Claudia Lima; MENDES, Laura Schertel. *Direito europeu muda nos contratos a distância e a domicílio*. A nova Diretiva 2011/83 relativa aos direitos dos consumidores atualiza regime do arrependimento, das cláusulas abusivas, do crédito acessório ao consumo, da informação em geral e do comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 81, p. 339 e ss. São Paulo: RT, jan.-mar./2012.

562. “*Contrato de promessa de compra e venda*. *Time-sharing*. O direito de arrependimento – artigo 49 do CDC – tem por objetivo proteger o consumidor da prática comercial agressiva. Hipótese em que o

vendas a domicílio, por suas características, agravam a situação de vulnerabilidade do consumidor. Tenha-se em consideração que nestas situações o consumidor encontra-se sozinho com o fornecedor, muitas vezes sem as precauções naturais em uma situação de venda, razão pela qual poderá ter dificuldades na comprovação futura dos termos da oferta para reclamação sobre vícios dos produtos ou serviços, assim como uma maior exposição com relação às estratégias de *marketing* e vendas a serem adotadas.

Tais circunstâncias da contratação também suprimem do consumidor a possibilidade de reflexão sobre a conveniência e oportunidade do negócio, bem como de seus impactos sobre o orçamento doméstico. Da mesma forma, a ausência de uma referência geográfica do fornecedor, ou quando exista, sua localização se dá em outra cidade ou Estado, também agravam sensivelmente sua situação de vulnerabilidade. Em se tratando de negócios celebrados pela internet há, ainda, a possibilidade deste fornecedor se encontrar, com facilidade, em outro país, praticamente eliminando a possibilidade de reclamação com efeitos práticos em favor do consumidor. Daí a razão para que o direito de arrependimento tenha sido previsto em diversos países, como é o caso pioneiro dos Estados Unidos, França e Alemanha.⁵⁶³

A norma do artigo 49 do CDC, deste modo, estabelece um direito de desistência do contrato no prazo de até 7 (sete) dias, contados da data da assinatura ou do recebimento do produto ou serviço. Dada a natureza do direito em questão, espécie de direito formativo extintivo, o prazo em questão, estipulado por lei, será decadencial. O direito de desistir do contrato não está condicionado a qualquer espécie de situação, quanto à existência de vícios ou demonstração de equívoco quanto às qualidades do produto ou serviço. Basta que haja a decisão do consumidor, sem a necessidade de motivá-la ao fornecedor. Está ausência de motivação, por sua vez, não tem por finalidade promover decisão arbitrária do consumidor, senão de impedir que o fornecedor possa evitar ou dificultar o exercício do direito, mediante a contradição ou impugnação dos motivos alegados por quem desista do contrato. Por esta razão, o exercício do direito fica limitado exclusivamente ao prazo fixado em lei.

A desistência do contrato, de sua vez, faz presumir que o mesmo tenha sido celebrado e que, para diante, no momento do exercício do direito de arrependimento do consumidor, será desconstituído. Com isso, a regra básica é que as partes reconduzam-se ao estado anterior. Uma questão de enorme repercussão prática quanto ao exercício do direito de arrependimento, contudo, diz respeito ao modo como deverá ser realizado. Isto porque não é incomum que fornecedores de produtos ou serviços condicionem a desistência do contrato a providências a cargo do consumidor que, em geral, representam novos custos, e o desestímulo ao exercício do direito de arrependimento. É o caso, da necessidade de reenvio do produto ao fornecedor, com a imputação dos custos desta providência ao consumidor.⁵⁶⁴ Ora, tratando-se de direito formativo estabelecido em lei, não pode o contrato impor condições ou óbices ao seu exercício (e.g. "só

negócio é feito em ambiente que inibe a manifestação de vontade do consumidor, carregada de apelo emocional. O prazo de arrependimento, no caso, deve ser aquele que mais favorece a parte hipossuficiente, ou seja, a contar da efetiva data em que o serviço estaria à disposição do consumidor. Ação de revisão de contrato precedente. Deferimento da devolução das parcelas pagas. Honorários. Devem ser fixados em percentual sobre a expressão econômica da causa, traduzida naquilo que deve ser devolvido à parte. Apelo e recurso adesivo desprovidos" (TJRS, ApCiv 70.000.195.578, 20.ª Câm., j. 26.10.1999, rel. Des. José Aquino Flores de Camargo).

563. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 706.

564. Veja-se a decisão do STJ, confirmando sanção aplicada ao fornecedor que exigiu descontar dos valores restituídos ao consumidor, dos custos relativos aos serviços postais para envio do produto: STJ, REsp 1.340.604/RJ, 2.ª T., j. 15.08.2013, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje 22.08.2013.

poderá desistir do contrato se devolver o produto lacrado, via sedex”). Todavia, é certo também que não será lícito ao consumidor danificar o produto ou utilizá-lo parcialmente para, ainda dentro do prazo legal de sete dias, devolvê-lo ao consumidor. Nestas situações, o direito ainda permanece existindo (em vista da falta de previsão legal específica limitando o exercício nestas circunstâncias), porém poderá nascer para o fornecedor um direito de exigir do consumidor o valor correspondente à reparação do desgaste ou dos danos decorrentes, em acordo com o princípio da boa-fé e do equilíbrio contratual.

O que se deve destacar, contudo, é que qualquer estipulação contratual neste sentido configura cláusula abusiva, por força do disposto no artigo 51, I, II e IV, do CDC. Quaisquer custos de reenvio, frete ou demais encargos estão abrangidos pelo risco do fornecedor,⁵⁶⁵ que ao decidir sua estratégia de negócio vinculada a esta espécie de venda direta ao consumidor, usufruindo das vantagens a ela inerentes, passa a responder também pelos ônus decorrentes da regulação legal destas contratações.

2.4.2 Adimplemento contratual

O adimplemento contratual é o modo típico pelo qual se extinguem as obrigações contratuais. Na lição de Clóvis do Couto e Silva, “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”.⁵⁶⁶ Nos contratos de consumo, o adimplemento se dá, em regra, pela entrega do produto ou prestação do serviço pelo fornecedor, e o pagamento do preço respectivo pelo consumidor. Entretanto, a noção de adimplemento não se esgota na realização da prestação principal do contrato. Se na disciplina contratual em geral destacam-se os deveres implícitos dos contratantes, decorrentes da boa-fé, com mais razão isto ocorre nos contratos de consumo. A satisfação dos interesses das partes em uma relação de consumo diz respeito não apenas à posse física do produto, ou à realização da atividade que caracteriza o serviço, mas sim de toda uma multiplicação de outros deveres legais – como o de informação – quanto os relativos às características do negócio (entrega, montagem, acompanhamento posterior, assistência técnica, serviços de reparo etc.).

O não atendimento de quaisquer destes deveres laterais dá causa ao que já foi consagrado pela doutrina, por nítida inspiração do direito alemão, como *violação positiva do contrato*.⁵⁶⁷ Note-se, contudo, que embora a expressão violação positiva possua conduzir ao entendimento de que se trata de um comportamento positivo,⁵⁶⁸ uma ação do devedor que compromete o cumprimento correto da prestação contratual, sob esta denominação estão abrangidos tantos comportamentos positivos (ações) quanto omissivos (omissões), estes últimos caracterizados pela violação aos deveres anexos implícitos ao contrato, como aqueles que derivam da boa-fé.

A noção de adimplemento contratual abrange a satisfação de todos estes deveres e, a contrario, o não atendimento de algum deles importa na caracterização de vício, ou cumprimento defeituoso do contrato, ensejando a pretensão do consumidor ao abatimento do preço ou perdas e danos, a exigência das sanções por incumprimento (cláusula penal, por exemplo), ou mesmo a resolução do contrato em razão do inadimplemento.

565. Neste sentido: NERY JUNIOR. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 552-553.

566. COUTO E SILVA. *Obrigação como processo*, p. 5.

567. Sobre o tema: LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I, p. 362-369; AGUIAR JÚNIOR. *Extinção dos contratos por incumprimento...*, p. 124-125; FRADERA, Vera Maria Jacob. A quebra positiva do contrato. *Revista da AJURIS*, v. 44. Porto Alegre: AJURIS, p. 144-152; MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 594 et seq.; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

568. Para críticas à expressão “violação positiva”, veja-se: LARENZ. *Derecho de obligaciones*, t. I, p. 366-367.

2.4.3 *Inadimplemento contratual e direito à resolução*

O inadimplemento contratual tem como regra, dar origem ao direito de resolução do contrato. Constitui espécie de direito formativo extintivo, e foi reconhecido expressamente pelo CDC ao consumidor nas hipóteses de vício do produto ou do serviço (artigo 18, § 1.º, II, artigo 19, IV, e artigo 20, II), assim como na hipótese de descumprimento da oferta (artigo 35, III), situações nas quais poderá extinguir o contrato de consumo celebrado com o fornecedor na circunstância deste violar os deveres contratuais e legais que lhe incumbem.

O inadimplemento do contrato pelo fornecedor dá origem ao direito à resolução do contrato, de titularidade do consumidor. Pode ocorrer, contudo, uma vez que é cada vez mais comum a estruturação do fornecedor em cadeia, representativa também de cadeia de contratos, a celebração de diversos ajustes interdependentes, sob a denominação de contratos coligados ou conexos, de modo que o destino de um contrato repercute no destino dos demais. A coligação ou conexão contratual expressa uma comunhão finalística, que no caso dos contratos de consumo, normalmente é permitir a contratação pelo consumidor e a execução da prestação ajustada. Assim pode ocorrer com os contratos de agência ou comissão, no qual o agente ou comissário obrigam-se a promover a venda, podendo a obrigação da entrega, ou as especificações e qualidade do produto ou do serviço vincular-se a deveres próprios do fabricante ou quem diretamente o execute. Pode ainda vincular-se um contrato de financiamento do consumidor, que viabilize o pagamento. Ou ainda, a força da marca de um determinado fornecedor que atraia o consumidor para esta cadeia de contratos. Note-se que a multiplicidade de contratos, neste caso, e sua coligação, são uma questão de conteúdo, não de forma. Pode haver um instrumento contratual, assinado pelo consumidor uma só vez, e nele se encontrem direitos e obrigações associados a diferentes objetos e pessoas. Esta noção de coligação contratual induz à solidariedade dos fornecedores, e repercute na continuidade dos contratos. Isso porque o exercício do direito de resolução sobre um dos contratos pode atingir os demais que tenham com ele relação de interdependência.⁵⁶⁹

569. "RECURSO ESPECIAL – Ação de rescisão contratual de compra e venda para fabricação e instalação de cozinhas planejadas cumulada com repetição de indébito – Instâncias ordinárias que julgaram procedente a ação para declarar rescindidos os contratos e condenar os réus (lojista, fabricante e banco), solidariamente, a devolver aos autores as quantias despendidas, com acréscimo de correção monetária e juros moratórios – Insurgência da casa bancária – Contrato coligado amparado em cessão de crédito operada entre o banco e o fornecedor dos bens em virtude de financiamento, por meio da qual passou a casa bancária a figurar como efetiva credora dos valores remanescentes a serem pagos pelos consumidores (prestações), deduzido o valor da entrada/sinal – Recurso especial conhecido em parte e na extensão, parcialmente provido para afastar a responsabilidade solidária da casa bancária no tocante à integralidade dos valores desembolsados pelos autores, remanescendo o dever de restituir os importes recebidos mediante boleto bancário devidamente corrigidos e acrescidos de juros de mora a contar da citação por se tratar de responsabilidade contratual. (...) 3. Em que pese a alegação da casa bancária de que teria formulado contrato de crédito direto ao consumidor, tal assertiva não se depreende do acervo fático delineado pelas instâncias ordinárias, denotando-se a existência de contrato coligado (compra e venda de cozinhas com pagamento parcelado na relação consumidor-lojista) amparado em cessão de crédito operada entre o banco e o fornecedor dos bens em virtude de financiamento, por meio da qual passou a casa bancária a figurar como efetiva credora dos valores remanescentes a serem pagos pelos consumidores (prestações). 3.1 O contrato coligado não constitui um único negócio jurídico com diversos instrumentos, mas sim uma pluralidade de negócios jurídicos, ainda que celebrados em um único documento, pois é a substância do negócio jurídico que lhe dá amparo,

Por outro lado, tratando-se de consumidor inadimplente, as normas protetivas do CDC, assim como a doutrina e jurisprudência que se seguiram, vêm construindo soluções no sentido de adequar o exercício do direito de resolução do fornecedor aos ditames da boa-fé e à vulnerabilidade de um dos contratantes.⁵⁷⁰ Isto não significa que o consumidor na hipótese de inadim-

não a forma. 3.2 Em razão da força da conexão contratual e dos preceitos consumeristas incidentes na espécie – tanto na relação jurídica firmada com o fornecedor das cozinhas quanto no vínculo mantido com a casa bancária –, o vício determinante do desfazimento da compra e venda atinge igualmente o financiamento, por se tratar de relações jurídicas triangulares, cada uma estipulada com o fim precípuo de garantir a relação jurídica antecedente da qual é inteiramente dependente, motivo pelo qual possível a arguição da exceção de contrato não cumprido, uma vez que a posição jurídica ativa conferida ao consumidor de um produto financiado/parcelado relativamente à oponibilidade do inadimplimento do lojista perante o agente financiador constitui efeito não de um ou outro negócio isoladamente considerado, mas da vinculação jurídica entre a compra e venda e o mútuo/parcelamento. 3.3 Entretanto, a ineficácia superveniente de um dos negócios, não tem o condão de unificar os efeitos da responsabilização civil, porquanto, ainda que interdependentes entre si, parcial ou totalmente, os ajustes coligados constituem negócios jurídicos com características próprias, a ensejar interpretação e análise singular, sem contudo, deixar à margem o vínculo unitário dos limites da coligação. 3.4 Assim, a interpretação contratual constitui premissa necessária para o reconhecimento da existência e para a determinação da intensidade da coligação contratual, o que no caso concreto se dá mediante a verificação do ânimo da casa bancária na construção da coligação e o proveito econômico por ela obtido, pois não obstante o nexo funcional característico da coligação contratual, cada um dos negócios jurídicos entabulados produz efeitos que lhe são típicos nos estritos limites dos intentos dos participantes. 3.5 Inviável responsabilizar solidariamente a financeira pelos valores despendidos pelos consumidores, uma vez que, ao manter o contrato coligado, não se comprometeu a fornecer garantia irrestrita para a transação, mas sim balizada pelos benefícios dela advindos, ou seja, no caso, nos termos da cessão de crédito operada, que não abarca os valores pagos à título de entrada diretamente ao lojista. 3.6 A circunstância de o contrato de financiamento sucumbir diante do inadimplimento do lojista não transforma a casa bancária em garante universal de todos os valores despendidos pelos autores, principalmente porque a repetição do indébito limita-se àquilo que efetivamente foi desembolsado – seja dos consumidores para com a financeira, seja desta para com a lojista. A responsabilidade do banco fica limitada, portanto, à devolução das quantias que percebeu, pois a solidariedade não se presume, decorre da lei ou da vontade das partes. 4. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, parcialmente provido, para afastar a responsabilidade solidária da casa bancária pela repetição integral dos valores despendidos pelos consumidores, abrangendo aquele pago a título de entrada no negócio de compra das cozinhas planejadas, remanescendo a responsabilidade do banco na devolução atualizada dos valores recebidos por meio dos boletos bancários, em razão da cessão do crédito restante (crédito cedido pela lojista não abrangendo o valor recebido por esta última a título de entrada no negócio), pois as vicissitudes de um contrato repercutiram no outro, condicionando-lhe a validade e a eficácia.” (STJ, REsp 1127403/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, 4.ª Turma, j. 04.02.2014, *DJe* 15.08.2014). No mesmo sentido: STJ, REsp 1379839/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 11.11.2014, *DJe* 15.12.2014.

570. Com especial atenção neste caso, o tratamento do superendividamento de consumidores, conforme ensinam *Claudia Lima Marques* e *Rosângela Lunardelli Cavalazzi*, na introdução da obra coletiva que organizaram sobre esta importante temática: *MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006, p. 13-22. A respeito, veja-se, igualmente, na mesma obra, o estudo de: *MARQUES, Claudia Lima*. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: *MARQUES/CAVALAZZI. Direitos do consumidor endividado*, p. 255-309.

plência, fica isento de sanções. Ao contrário. Tanto sanções pecuniárias, como é o caso da cláusula penal, o direito de inscrição no cadastro de inadimplentes, e mesmo o direito de resolução do contrato em face do descumprimento do consumidor, são alternativas regulares à disposição do fornecedor.

Entretanto, por força dos deveres de boa-fé e por características inerentes a muitos contratos de consumo de longa duração, na qual a relação entre o consumidor e o fornecedor é dominada pela necessidade, ou seja, o caráter imprescindível da prestação para o primeiro contratante (*contratos cativos de longa duração*),⁵⁷¹ faz com que esta dependência contratual importe na necessidade de controle do exercício do direito de resolução.

Ora, não é difícil identificar esta situação de dependência do consumidor em relação a um sem número de contratos. Assim, por exemplo, os contratos de prestação de assistência à saúde, os contratos de empréstimos bancários e crédito rotativo, consórcios, *leasing* de automóveis, cartões de crédito, prestação de serviços de ensino, financiamento imobiliário, são muitos das diversas novas necessidades de consumo da sociedade atual. Nestas espécies de contratos as prestações periódicas a serem fornecidas pelas partes não se esgotam na sua simples prestação, mas projetam a satisfação dos interesses legítimos do consumidor para o futuro, até um termo final definido ou não, mas em geral distante. Por esta razão, a realidade do contrato será a de diversas prestações e contraprestações periódicas, sem que necessariamente indiquem seu termo final. E a satisfação dos interesses do consumidor também vai abranger esta expectativa de manutenção do contrato no futuro. Isto poderá implicar uma constante readaptação da relação contratual,⁵⁷² com o objetivo de não frustrar as expectativas legítimas de continuidade do contrato.

Daí porque não será reconhecido ao fornecedor na hipótese de inadimplemento do consumidor, o simples exercício do direito de resolução. Opõe-se a este direito do fornecedor o direito à manutenção do contrato, cujo fundamento se dá tanto na hipótese de adimplemento substancial, quanto nas situações em que o desequilíbrio das prestações das partes dá origem ao direito de revisão do contrato, em face de excessiva onerosidade da prestação que lhe incumbe, visando sua modificação.

2.4.3.1 *Obstáculo ao direito de resolução: direito à manutenção do contrato*

O direito à manutenção do contrato tem seu fundamento justamente no caráter necessário que o consumo passou a ter na sociedade de consumo contemporânea.⁵⁷³ Ao lado desta necessidade de consumo, pela qual ninguém, em situação social típica, consegue se abster de consumir, acrescente-se a dependência contratual (catividade) característica de muitos contratos de consumo de longa duração. Em tais circunstâncias, o direito de manutenção do contrato (veja-se item 1.6, supra) vem sendo reconhecido por lei (artigo 6.º, V e 51, § 2.º), assim como pela doutrina e jurisprudência, impedindo a mera extinção do contrato em razão do inadimplemento do consumidor. Para Ricardo Lorenzetti este direito de manutenção ou conservação do contrato constitui espécie de *mandato constitucional de otimização da autonomia privada*.⁵⁷⁴

571. A expressão é de Claudia Lima Marques, em seu: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 78 et seq.

572. Idem, p. 84; MACEDO JÚNIOR. *Contratos relacionais...*, p. 167 et seq.

573. LORENZETTI. *Tratado de los contratos. Parte general*, p. 151-152.

574. Idem, p. 152.

Dentre as situações que impedem a extinção do contrato pelo exercício do direito de resolução pelo fornecedor, está a chamada *teoria do adimplemento substancial*. Esta teoria foi desenvolvida no *common law*, sob a definição de *substantial performance*.⁵⁷⁵ sendo reconhecida, em nosso direito, como efeito da boa-fé objetiva,⁵⁷⁶ e dos deveres de lealdade e colaboração daí decorrentes. Da aplicação da teoria do adimplemento substancial resulta que o credor que tenha sofrido o inadimplemento de uma pequena parcela do valor devido pelo devedor poderá fazer uso dos direitos previstos no contrato e na lei, de natureza indenizatória e pecuniária (cláusula penal e juros, por exemplo). Mas não poderá exercer direito de resolução,⁵⁷⁷ ou negar-se a realizar a prestação, uma vez que seus interesses patrimoniais estão quase totalmente satisfeitos, sendo desmesurado e abusivo, porque contrário à boa-fé, o exercício do direito de extinguir o contrato e negar a prestação a que faria jus o devedor.

A aplicação da teoria do adimplemento substancial é especialmente importante em relação aos contratos de consumo. Isto porque, considerando que em contratos de longa duração, nos quais a prestação do consumidor será paga em várias parcelas, às vezes por vários anos, o inadimplemento de uma ou poucas prestações não pode dar ensejo, simplesmente, à

575. BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 9. Porto Alegre, 1993. p. 60.

576. MARTINS-COSTA. Mercado e solidariedade social..., p. 636. BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83-86.

577. Originalmente, assim era o entendimento do STJ no caso de alienação fiduciária em garantia: "Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Deferimento liminar. Adimplemento substancial. Não viola a lei a decisão que indefere o pedido liminar de busca e apreensão considerando o pequeno valor da dívida em relação ao valor do bem e o fato de que este é essencial à atividade da devedora. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 469.577/SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, j. 25.03.2003; DJU 05.05.2003, p. 310). No mesmo sentido, o TJRS: "Agravado de instrumento. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Função de controle da boa-fé objetiva. Adimplemento substancial. Tendo o devedor cumprido substancialmente sua obrigação, imperiosa se revela a manutenção do contrato entabulado. Atentatório ao princípio da boa-fé objetiva almejar-se a reintegração de posse do bem alienado fiduciariamente quando o devedor adimpliu a quase totalidade do débito (vinte e uma de vinte quatro prestações), faltando apenas três parcelas a serem solvidas. Limitação do direito formativo extintivo do credor de resolução do contrato de financiamento pela incidência do princípio da boa-fé objetiva em sua função de controle. Exercício abusivo do direito subjetivo de resolução, máxime quando veículo e utilizado como instrumento de trabalho para o agravante (transporte escolar). Agravado provido" (TJRS, Agn 70.000.027.623, 1.ª Câmara de Férias Cível, j. 18.11.1999, rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino). Mais recentemente, entendimento da Corte orienta-se em sentido diverso, considerando que a inexistência de previsão expressa na legislação à purgação da mora, torna prevalente o direito de resolução do credor. Com o devido respeito à nova posição da corte, parece claro que não toma em consideração o princípio da boa-fé objetiva, partindo de interpretação estrita da lei. Assim a decisão do STJ: "Alienação fiduciária em garantia. Decreto-lei 911/1969. Alteração introduzida pela Lei 10.931/2004. Purgação da mora e prosseguimento do contrato. Impossibilidade. Necessidade de pagamento do total da dívida (parcelas vencidas e vincendas). 1) A atual redação do art. 3.º do Decreto-lei 911/1969 não faculta ao devedor a purgação da mora nas ações de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. 2) Somente se o devedor fiduciário pagar a integralidade da dívida, no prazo de 5 (cinco) dias após a execução da liminar, ser-lhe-á restituído o bem, livre do ônus da propriedade fiduciária. 3) A entrega do bem livre do ônus da propriedade fiduciária pressupõe pagamento integral do débito, incluindo as parcelas vencidas, vincendas e encargos. 4) Inexistência de violação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 5) Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.287.402/PR, rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª T., j. 03.05.2012, rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 18.06.2013).

resolução do contrato. Entendimento que fosse neste sentido violaria flagrantemente os deveres de colaboração, decorrentes da incidência da boa-fé objetiva à relação entre os contratantes. Assim, por exemplo, um contrato de seguro no qual o consumidor segurado deixa de pagar parcela menor do prêmio,⁵⁷⁸ ou o plano de saúde pelo qual o consumidor que há anos contrata com aquele fornecedor, deixa de pagar uma ou duas prestações, assim como o contrato de alienação fiduciária,⁵⁷⁹ entre outros. Não se pode admitir nestas situações, o simples

578. Assim decidiu o STJ: “*Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução.* A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpria substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 76.362/MT, j. 11.12.1995, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU 01.04.1996, p. 9.917). No mesmo sentido o TJRS: “*Apelação cível. Seguros. Ação de cobrança. Atraso no pagamento da penúltima parcela do prêmio. Princípio do adimplemento substancial. Indenização securitária devida.* O contrato de seguro não pode ser resolvido unilateralmente por atraso no pagamento de uma das prestações, sem que tenha havido a notificação prévia do segurado para fins de constituição em mora. Ademais, no caso concreto, o autor já havia cumprido substancialmente o pacto, tendo em conta que o pagamento do prêmio foi ajustado na forma parcelada, em quatro vezes e mediante débito em conta, com vencimentos previstos para o dia 15 de cada mês, e aquele já havia pagado duas prestações, sendo que em relação à penúltima o débito foi efetuado no dia aprazado, com devido estorno, por ausência de fundos. Como era uma Sexta-feira, o pagamento somente foi possível na Segunda-feira, dia 18.03.2002, quando o sinistro já havia ocorrido. Assim, analisando-se o valor total do negócio, o atraso no pagamento de apenas uma das parcelas, por lapso extremamente exiguo, não autorizava a seguradora a resolver o contrato, pelo que deverá indenizar o recorrido com base no numerário indicado na apólice, tanto mais considerando que não houve insurgência quanto ao valor pleiteado a título de cobertura securitária e a perícia, de outra parte, confirmou a perda total do veículo, sem que, igualmente, houvesse impugnação pela recorrente, na seara. Apelo improvido” (TJRS, ApCiv 70.006.885.263, 5.ª Câm. Civ., j. 08.04.2004, rel. Des. Marta Borges Ortiz).

579. “*Apelação cível. Consórcio. Ação de revisão contratual. Ação de busca e apreensão. Taxa de administração. Valor da prestação. Afastamento dos encargos moratórios. Repetição do indébito em dobro e simples. Adimplemento substancial do preço. Improcedência da ação de busca e apreensão.* A taxa de administração não pode ultrapassar de 10% sobre o valor do bem quando o preço do bem for superior a 50 (cinquenta) salários mínimos. Diante da expressa previsão contratual, deve ser aplicada a cláusula 20, §§ 6.º e 7.º, no sentido de que, após realizado o lance ou antecipação, dilui-se o saldo devedor restante, pelo número de prestações faltantes, cujo valor da prestação será obtido pela divisão do saldo residual do contrato pelo número de meses faltantes. Tendo em vista que somente foi reconhecida a abusividade quanto à taxa de administração, não há falar em afastamento da mora, assim como a incidência de seus encargos (juros moratórios e multa). É incabível a repetição em dobro, eis que ausente prova de má-fé do demandado, ao cobrar os valores que entendia devidos, e que foram contrados por força das cláusulas contratuais. Admite-se a repetição do indébito, de forma simples, de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor. Diante da constatação de que houve adimplemento substancial do preço por parte do apelante, visto que pagou o percentual de 74,8212% sobre o valor do bem padrão, a consequência é o reconhecimento da improcedência da ação de busca e apreensão. Apelação parcialmente provida, por maioria” (TJRS, 13.ª Câm. Civ., ApCiv 70.0149.50679, j. 19.10.2006, rel. Des. Lúcia de Castro Boller). Em relação à alienação fiduciária, observe-se a Súmula 284, do STJ: “A purga da mora, nos contratos de alienação fiduciária, só é permitida quando já pagos pelo menos 40% (quarenta por cento) do valor financiado” (STJ, Súmula 284, 2.ª Seção, j. 28.04.2004, DJ 13.05.2004).

exercício do direito de resolução, senão a possibilidade de manutenção do contrato, quando houver interesse legítimo das partes neste sentido, e a cobrança dos efeitos pecuniários decorrentes da inadimplência.

A dificuldade básica está em identificar muitas vezes, na prática, o que se deva considerar por adimplemento substancial. Ou seja, qual a parcela da prestação deverá estar satisfeita para que se qualifique como parcela substancial do adimplemento. Neste caso, a solução, como de regra na aplicação dos efeitos da boa-fé objetiva, parece estar com o juiz, no exame do caso concreto, em vista do interesse objetivo das partes no cumprimento da obrigação.

2.4.3.2 *Obstáculo ao direito de resolução: direito à revisão do contrato*

Um segundo óbice ao exercício do direito de resolução do contrato é o direito de revisão dos seus termos, e da modificação das cláusulas contratuais abusivas, de acordo com o que estabelece o artigo 6.º, V, do CDC. O direito à revisão do contrato tem lugar quando houver o desequilíbrio econômico das prestações das partes. Neste sentido, o direito do fornecedor, em face do inadimplemento do consumidor só caberá quando e se estiver sendo respeitado o sinalagma, o equilíbrio entre as prestações de ambos os contratantes.

Dai porque, poderá o consumidor, frente ao exercício do direito de resolução por inadimplemento da prestação, evitar a extinção do contrato mediante ação revisional, hipótese em que, havendo a procedência da demanda, a prestação devida será modificada, visando alcançar o equilíbrio contratual. Nesta situação, o critério para determinação do inadimplemento será a satisfação da prestação determinada pela sentença judicial. Daí porque o direito à revisão do contrato constitui obstáculo à resolução pelo fornecedor. Todavia, ocorrendo a improcedência da ação revisional proposta pelo consumidor, será mantida a prestação original como devida desde o momento do vencimento previsto no contrato. O consumidor deverá arcar tanto com os ônus de sucumbência decorrentes da perda do processo, quanto com os efeitos do inadimplemento desde o vencimento originariamente contratado com o fornecedor, sem prejuízo da possibilidade de exercício, por este, do direito de resolução.

Considere-se, entretanto, que o exercício do direito à resolução é paralisado pelo exercício da pretensão revisional, cuja eficácia no sentido de impedir a extinção contratual no interesse do fornecedor depende da procedência da respectiva ação judicial de revisão do contrato.

2.4.4 *Extinção do contrato e eficácia pós-contratual*

A compreensão do contrato como um processo obrigacional, como já referimos, leva à consideração de que os direitos e deveres das partes, ou seja, os efeitos do contrato, não estão confinados ao período de sua execução, entre a celebração e a extinção do ajuste. Sob a influência da boa-fé objetiva e de normas legais as quais, no caso das relações de consumo, estabelecem expressamente deveres legais aos fornecedores que se projetam após a extinção do contrato, é correto tratar-se de uma eficácia pós-contratual do contrato de consumo.

Na primeira situação, por conta dos efeitos determinados pela boa-fé objetiva, sua eficácia posterior à extinção do contrato é genericamente vinculada ao fenômeno da *culpa post pactum finitum*. Sua caracterização parte do pressuposto que mesmo após a extinção do contrato subsistem para as antigas partes, deveres de proteção, informação e lealdade. Permanece entre as antigas partes um dever de não causar danos umas às outras, assim como o dever de informar de modo a garantir a utilidade da prestação cumprida no contexto do contrato extinto, assim

como o dever de não frustrar as finalidades almejadas pelas partes quando celebraram o contrato extinto.⁵⁸⁰

Em direito do consumidor estes deveres são reforçados por uma série de deveres específicos estabelecidos em lei. Em primeiro lugar percebe-se o amplo *dever de informação* que, em relação aos contratos de consumo, abrange todas as fases da contratação, desde a oferta até o momento de uso ou fruição do produto ou serviço pelo consumidor. Nestas situações, há um dever do fornecedor de oferecer todas as informações necessárias para que o produto ou serviço adquirido pelo consumidor atinja sua utilidade. Assim, por exemplo, os manuais de instrução de instalação e uso, do produto ou serviço.

No que tange aos *deveres de proteção*, também aqui, há o sentido de que o produto ou serviço satisfaça adequadamente os fins esperados pelo consumidor. Neste sentido, surge de acordo com a espécie de contrato celebrado, o dever de oferecer serviços ou fazeres de modo a assegurar o uso imediato ou permanente do produto ou serviço objetos da contratação. Assim por exemplo, o dever de reparos para adequação do produto ao seu uso pelo consumidor (correção de medidas de vestuário, p. ex.), assistência técnica, ou ainda o dever legal de oferecer componentes e peças de reposição, como estabelece o artigo 32 do CDC: "Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto. Parágrafo único. Cessadas a produção ou importação, a oferta deverá ser mantida por período razoável de tempo, na forma da lei".

Com relação aos *deveres de lealdade* entre as partes do contrato de consumo, e que devem ser observados sob pena de, quando causarem danos aos consumidores, darem causa à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, podem ser relacionados: a) o dever de não inscrição do consumidor em cadastro de inadimplentes sem justa causa; b) o dever de guardar sigilo sobre os termos do contrato ou determinadas informações pessoais e patrimoniais do consumidor; c) o dever de não inscrição do consumidor em listas negras em decorrência do exercício, por este, de seus direitos (artigo 39, VII, do CDC); assim como outros que venham a ser reconhecidos por intermédio de construção jurisprudencial, sobretudo frente às peculiaridades dos diferentes contratos de consumo tendo por objeto uma diversidade de produtos e serviços.

2.5 AS VÁRIAS ESPÉCIES DE CONTRATOS DE CONSUMO

Considerando a dinâmica das relações de consumo, o direito do consumidor, como conjunto de normas que regulam as relações entre consumidores e fornecedores, tem importância na definição dos comportamentos devidos especialmente em matéria de contratos de consumo. Na sociedade de massas, o contrato de consumo é o modo típico pelo qual se realiza a relação de consumo. Contudo, diferem as diversas espécies de contratos de consumo entre si. E da mesma forma, a dependência do consumidor do produto ou serviço objeto da contratação, assim como aspectos técnicos inerentes a determinadas espécies de contrato. Daí a necessidade do exame dos contratos em espécie, de modo a verificar o modo como se operacionaliza, em cada um deles, as normas de proteção do consumidor e os deveres específicos do fornecedor.

2.5.1 *Compra e venda de consumo*

A compra e venda constitui, no cotidiano das relações de consumo, o contrato de consumo por excelência. Tem por objeto produtos, segundo a definição ampla estabelecida pelo

580. MENEZES CORDEIRO. *Da boa-fé...*, p. 627-629.

Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 3.º, § 1.º: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. A compra e venda de consumo tem por elemento natural o preço a ser pago pelo consumidor ao fornecedor, podendo ser acompanhada de segundo contrato, conexo a ela, de financiamento do valor financiado mediante alienação fiduciária ou reserva de domínio, na qual se desdobram a contrata, tradição e domínio, em geral reservado ao vendedor-credor até o pagamento do preço pelo consumidor. Da mesma forma, submete-se o contrato de compra e venda ao regime de vícios do produto previsto nos artigos 18 e 19, relativos, respectivamente, aos vícios de adequação/qualidade e quantidade, cuja aplicação afasta o regime dos vícios redibitórios previsto no Código Civil (artigos 441-446).

Preserva-se no contrato de compra e venda de consumo, seja de cumprimento instantâneo ou diferido, o equilíbrio das prestações do contrato, o que se dá tanto no princípio do contrato, mediante verificação dos valores do preço e do produto (*signalagma genético*), quanto ao longo da execução (no caso de contratos de cumprimento diferido), no tocante ao valor da prestação a ser paga ao longo do tempo (*signalagma funcional*).

2.5.2 Contratos imobiliários

A relevância dos contratos imobiliários é evidente. O direito à moradia e sua presença no imaginário das pessoas, muitas vezes como projeto de vida, objetivo para o qual se dirigem grandes esforços financeiros comuns da família, indicam um traço social inafastável de muitos destes contratos. É certo que nem todos os contratos imobiliários caracterizam-se como contratos de consumo. A rigor, serão contratos de consumo os que tiverem de um lado o incorporador imobiliário⁵⁸¹ ou profissional cuja atividade específica seja a construção de imóveis para venda no mercado, e de outro lado o adquirente não profissional que adquire o bem imóvel como destinatário final. O conceito de produto estabelecido pelo CDC abrange os bens imóveis, deste modo permitindo a abrangência dos contratos que tenham por objeto bens imóveis – transações imobiliárias. Contudo, não se aplica o CDC a todos os contratos imobiliários. Conforme já se disse, os conceitos de consumidor e fornecedor devem ser firmados reciprocamente, de modo que só há de falar de um na presença do outro. Assim, os contratos que tenham por objeto transferência ou disposição de direitos reais sobre imóveis a princípio são contratos civis, regulados pelo Código Civil. É o caso do negócio imobiliário celebrado entre dois particulares em que nenhum dos dois atua profissionalmente no ramo imobiliário. Tornam-se contratos de consumo justamente quando envolvam a atividade profissional de um fornecedor (incorporadora ou construtora de imóveis) cuja finalidade e expertise destinam-se à atuação no mercado imobiliário, na construção e/ou comercialização de imóveis. A aplicação do CDC ao contrato de locação é afastada pela jurisprudência majoritária.⁵⁸²

581. A definição legal de incorporador imobiliário encontra-se no artigo 29, da Lei 4.591/64: “Artigo 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.”

582. Exemplificativamente: “Locação. Violação aos arts 79 da Lei 8.245/91 e 2.036 do Código Civil. Prequestionamento implícito. Ocorrência. Multa. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade. Inexistência de relação de consumo. Recurso especial conhecido e provido. 1. O Tribunal a

Defende-a na doutrina, considerando a vulnerabilidade do locatário, o magistério de Claudia Lima Marques.⁵⁸³

A construção e a incorporação de imóveis são reguladas pela Lei 4.591/64. Sua aplicação não afasta, todavia, a incidência das normas de proteção do consumidor previstas no CDC, sendo que a jurisprudência, ao decidir litígios envolvendo esta espécie de contratação, já definiu uma série de entendimentos no sentido mais favorável ao consumidor. Assim o é no caso do reconhecimento perante terceiros, ainda que não registrado, do compromisso de compra e venda, para constituir em mora o devedor (Súmula 76, do STJ).⁵⁸⁴ Segue na mesma linha do entendimento firmado pelo STJ, no sentido da possibilidade de afastar a exigência legal de registro do contrato de promessa de compra e venda como requisito para a obtenção pelo adquirente de escritura definitiva ou da adjudicação compulsória. Da mesma forma, a legitimidade para ação que tenha por finalidade a proteção dos direitos dos adquirentes estende-se inclusive ao Ministério Público.⁵⁸⁵

Nova modalidade de contrato imobiliário é a alienação fiduciária de imóvel, prevista pela Lei 9.514/97. Neste caso, como é próprio da alienação fiduciária, o adquirente (alienado fiduciariamente) tem direito à posse direta do bem e é titular de direito real sobre o imóvel (artigo 23, da Lei 9.514/97), durante o pagamento do financiamento imobiliário, vindo a consolidar a posse e adquirir propriedade definitiva, com o pagamento integral do preço. A finalidade da nova modalidade contratual foi a de facilitar eventual pretensão do credor do financiamento (fornecedor do crédito), de retomada do bem na hipótese de inadimplemento do consumidor-adquirente, substituindo a eventual execução de hipoteca sobre o imóvel – garantia tradicional do financiamento imobiliário – pela retomada da posse do bem via ação expedita, considerando a qualidade de depositário conferida ao adquirente-financiado.

Outra inovação recente da legislação, visando à proteção do consumidor em face de conhecidos casos de insolvência das incorporadoras antes da conclusão dos projetos contratados, é o denominado patrimônio de afetação, criado pela Lei 10.931/2004, com a finalidade de segregar cada obra de incorporação e os recursos financeiros necessários à sua conclusão, do

quo emitiu pronunciamento sobre as questões suscitadas pelo recurso especial, embora não tenha feito referência expressa aos respectivos dispositivos legais, caracterizando assim seu prequestionamento implícito. 2. É pacífica e remansosa a jurisprudência, nesta Corte, no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável aos contratos locatícios, que são regulados por legislação própria. 3. Restam ausentes às relações locatícias as características delineadoras da relação de consumo apontadas na Lei 8.078/90. 4. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 689.266/SC, 5.ª T., j. 06.10.2005, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 14.11.2005).

583. MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de defesa do consumidor, 4. ed., p. 362.

584. "Súmula 76/STJ: A falta de registro do compromisso de compra e venda de imóvel não dispensa a previa interpelação para constituir em mora o devedor."

585. "Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Legitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. 1. O Ministério Público possui legitimidade ativa para propor Ação Civil Pública para pleitear nulidade de contratos imobiliários relativos a loteamento irregular. 2. No campo de loteamentos clandestinos ou irregulares, o Ministério Público é duplamente legitimado, tanto pela presença de interesse difuso (= tutela da ordem urbanística e/ou do meio ambiente), como de interesses individuais homogêneos (= compradores prejudicados pelo negócio jurídico ilícito e impossibilidade do objeto). Assim sendo, em nada prejudica ou afasta a legitimação do Parquet o fato de que alguns consumidores, mesmo lesados, prefiram manter-se na posse do lote irregular. 3. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 897.141/DF, 2.ª T.; j. 28.10.2008, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 13.11.2009).

restante do patrimônio da incorporadora. Neste sentido, introduziu o artigo 31-A na Lei 4.591/64, referindo que “a critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes”, bem como indica ao incorporador responsabilidade pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação. Esta segregação, que é financeira, mas também em relação ao bem imóvel objeto da incorporação, tem basicamente duas vantagens para o consumidor-adquirente: a) possibilidade de maior transparência no uso dos recursos financeiros pagos ao incorporador; e b) proteção em face de outras dívidas ou obrigações do incorporador, que eventualmente possa comprometer seu patrimônio, colocando-o a salvo da insolvência civil ou falência do incorporador (artigo 31-F). Tem-se, neste sistema, um instrumento de proteção do interesse útil dos contratantes e das expectativas legítimas dos consumidores-adquirentes. Ou, como sugere Melhim Chalub, associa-se à função social dos contratos imobiliários.⁵⁸⁶

2.5.2.1 Cláusulas abusivas nos contratos imobiliários

No tocante a cláusulas contratuais abusivas identificadas por doutrina e jurisprudência, destaca-se a cláusula de perda da totalidade das prestações pagas na hipótese de inadimplemento do adquirente do financiamento (cláusula de decaimento),⁵⁸⁷ ou que estabeleça a devolução apenas após a conclusão da obra.⁵⁸⁸ E da mesma forma, há abusividade na cláusula que transfere riscos para o consumidor-adquirente, em relação ao adimplemento do contrato de financiamento do incorporador junto ao banco, o que deu causa a que o STJ, em conhecido

586. CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação imobiliária. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

587. “Recurso especial. Código de defesa do consumidor. Compra e venda de imóvel. Distrato. Devolução dos valores na forma de carta de crédito. Utilização para a aquisição de outro imóvel na mesma construtora. Artigo 53, *caput*, *c/c* artigo 51, II, do CDC. Recurso não conhecido. 1. A análise da abusividade da cláusula de decaimento “é feita tanto frente ao direito tradicional e suas noções de abuso de direito e enriquecimento ilícito, quanto frente ao direito atual, posterior à entrada em vigor do CDC, tendo em vista a natureza especial dos contratos perante os consumidores e a imposição de um novo paradigma de boa-fé objetiva, equidade contratual e proibição da vantagem excessiva nos contratos de consumo (artigo 51, IV) e a expressa proibição de tal tipo de cláusula no artigo 53 do CDC”. 2. Ao dispor o contrato que a devolução dos referidos valores ao adquirente se daria por meio de duas cartas de crédito, vinculadas à aquisição de um outro imóvel da mesma construtora, isso significa, efetivamente, que não haverá devolução alguma, permanecendo o consumidor-adquirente submetido à construtora, visto que, o único caminho para não perder as prestações já pagas, será o de adquirir uma outra unidade imobiliária da recorrente. 3. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 437.607/PR, 4.ª T., j. 15.05.2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 04.06.2007).

588. “Agravamento Regimental. Recurso Especial. Ação Declaratória de Nulidade de cláusula contratual. Restituição das parcelas pagas somente após a conclusão das obras. Abusividade configurada. Incidência da Súmula 83. I – Há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido. II – Da análise, conta-se que o Agravante não trouxe nenhum argumento novo a justificar a reversão da decisão anterior. Incidência da Súmula 83/STJ. Agravamento Regimental improvido” (STJ, AgRg no REsp 1.219.345/SC, 3.ª T., j. 15.02.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 28.02.2011).

entendimento, afastasse a garantia real hipotecária da instituição financeira quando recaísse sobre o mesmo bem objeto da incorporação.⁵⁸⁹ Neste sentido, aliás, a Súmula 308, do STJ, afirma: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.” Em matéria de loteamentos, da mesma forma, a proteção do consumidor-adquirente percebe-se pelo direito à adjudicação compulsória do bem, na hipótese de pagamento das parcelas na forma ajustada e do inadimplemento da empresa loteadora.

Outra cláusula abusiva será a que impor a perda das prestações pagas pelo consumidor, diante de seu inadimplemento ou resolução do contrato de aquisição. Neste sentido, a regra dever ser a de restituição imediata dos valores devidos.⁵⁹⁰ O STJ, a respeito, editou a Súmula 543, nos seguintes termos: “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.”⁵⁹¹ Ou seja, no tocante aos valores a serem devolvidos, consagrou-se entendimento que deve haver devolução integral, no caso da resolução do contrato ter sido dado causa pelo vendedor-fornecedor, e parcial no caso de resolução causada pelo comprador-consumidor. Neste caso, note-se que tem mitigado seu efeito, as disposições contratuais comuns nos instrumentos contratuais de promessa de compra e venda, de que o negócio é celebrado em caráter irrevogável e irretroatável, admitida a resolução. Contudo, no caso dela ter sido causada pelo consumidor, poderá o vendedor-fornecedor deduzir despesas do contrato, bem como o que corresponda a eventuais sanções do inadimplemento.

Da mesma forma, sustenta a doutrina a abusividade da cláusula que autoriza a cobrança de juros do consumidor antes da conclusão e entrega do imóvel, que embora admitida originalmen-

589. “Compra e venda de bem imóvel assinada e paga antes do contrato de financiamento entre a construtora e o banco, mediante garantia hipotecária. Ausência de consentimento dos promitentes compradores. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do artigo 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. 1. Considerando o Acórdão recorrido que o bem foi comprado e integralmente pago antes do contrato de financiamento com garantia hipotecária, que os adquirentes não autorizaram a constituição de tal gravame, que sequer o mandato foi exercido e, ainda, que é abusiva a cláusula que institui o mandato, a teor do artigo 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não existe afronta a nenhum dispositivo sobre a higidez da hipoteca, presente a peculiaridade do cenário descrito. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 296.453/RS, 3.ª T., j. 05.06.2001, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 03.09.2001). No mesmo sentido: “Hipoteca. Incorporação. Adquirente. Na incorporação de imóvel, é ineficaz a cláusula que institui hipoteca em favor do financiador da construtora da unidade alienada e paga por terceiro adquirente. Precedentes. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 401.252/SP, 4.ª T., j. 28.05.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 05.08.2002).

590. “Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Direito do consumidor. Contrato de compra de imóvel. Desfazimento. Devolução de parte do valor pago. Momento. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. 2. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.300.418/SC, 2.ª Seção, j. 13.11.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 10.12.2013).

591. Súmula 543, 2.ª Seção, j. 26.08.2015, Dje 31.08.2015.

te, sob o regime da Lei 4.864/65, não subsiste no regime do CDC, por ferir o equilíbrio de interesses entre as partes.⁵⁹² Este entendimento, todavia, não prevalece na jurisprudência do STJ, cujo entendimento anterior cedeu ao reconhecimento da possibilidade de cobrança de juros.⁵⁹³

Ainda, será abusiva a cláusula que exonera a responsabilidade do incorporador pelo atraso da obra, na hipótese de inadimplência dos adquirentes de unidades autônomas. Como bem assinala Toscano de Brito, a inadimplência dos promissários-compradores, na medida em que é risco esperável da atividade econômica do incorporador, deve ser por ele suportado, não podendo ser transferido pelo contrato para os demais consumidores. Neste caso, trata-se de cláusula abusiva, de acordo com o disposto no artigo 51, inciso I e IV do CDC.⁵⁹⁴ Da mesma forma, é abusiva a cláusula que autoriza a modificação posterior à venda, do projeto do imóvel pelo incorporador. A própria Lei 4.591/64, em seu artigo 43, inciso IV, estabelece que após registrada a incorporação, a alteração será possível apenas com a aceitação unânime dos adquirentes, ou ainda por imposição legal. Cláusula que autorize o incorporador do contrário, além de violar o disposto na Lei de Condomínios e Incorporações, igualmente caracteriza permissão para alteração unilateral do contrato, sendo nula de pleno direito, de acordo com o artigo 51, inciso XIII, do CDC.

Outra cláusula nos contratos de compra e venda de imóveis que vem sendo objeto de grande discussão é a que impõe ao consumidor-comprador, a obrigação do pagamento de comissão de corretagem. A abusividade da cláusula é sustentada por dois argumentos principais: primeiro, de que se trata de venda casada, de modo que aquele que pretenda adquirir o imóvel, esteja condicionado à contratação dos serviços de intermediação de corretor. Segundo, porque implicaria na transferência de custo do fornecedor para o consumidor, uma vez que o corretor de imóveis estaria atuando no sentido de promover a venda, logo, em favor da atividade negocial do fornecedor. Em sentido contrário, contudo, afirmando a possibilidade de convenção da obrigação de pagamento da comissão de corretagem pelo comprador-consumidor, outros dois

592. GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária a luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 207-213.

593. "Embargos de divergência. Direito Civil. Incorporação imobiliária. Imóvel em fase de construção. Cobrança de juros compensatórios antes da entrega das chaves. Legalidade. 1. Na incorporação imobiliária, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser à vista. Nada obstante, pode o incorporador oferecer prazo ao adquirente para pagamento, mediante parcelamento do preço. Afigura-se, nessa hipótese, legítima a cobrança de juros compensatórios. 2. Por isso, não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6.º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos. 3. No caso concreto, a exclusão dos juros compensatórios convenacionados entre as partes, correspondentes às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença. 4. Precedentes: REsp 379.941/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3.ª T., j. 03.10.2002, DJ 02.12.2002, p. 306, REsp 1.133.023/PE, REsp 662.822/DF, REsp 1.060.425/PE e REsp 738.988/DF, todos relatados pelo Min. Aldir Passarinho Júnior, REsp 681.724/DF, relatado pelo Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJBA), e REsp 1.193.788/SP, relatado pelo Min. Massami Uyeda. 5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato" (STJ, EREsp 670.117/PB, rel. Min. Sidnei Beneti, 2.ª Seção, j. 13.06.2012, rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 26.11.2012).

594. TOSCANO DE BRITO, Rodrigo Azevedo. *Incorporação imobiliária à luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 275.

argumentos são registrados. O primeiro deles, indicando que os serviços de intermediação – como é o caso da corretagem – ao serem prestados não caracterizam venda casada, mas espécie de serviço de promoção negocial, previsto na legislação, e que deve ser remunerado. A possibilidade de convenção sobre quem deva fazê-lo encontra-se sob o domínio da autonomia da vontade das partes. Isso porque, e aí surge o segundo argumento, a remuneração direta do corretor, pelo consumidor-comprador, implica em maior transparência sobre o preço, uma vez que tenha havido informação pré-contratual suficiente e adequada, sendo esclarecido o consumidor sobre o valor do negócio e sua composição.

2.5.2.2 O dever de informar nos contratos imobiliários

O dever de informar do incorporador, construtor ou loteador, nos contratos imobiliários, observa-se em dois sentidos: relativamente ao objeto do contrato, qual seja, às características, dimensões e utilidades do imóvel objeto da venda; e, por outro lado, o preço, forma de pagamento, taxas de juros incidentes antes da entrega do imóvel pronto (“entrega das chaves”) e após este evento, bem como a possibilidade de redução proporcional do valor em face do pagamento antecipado das parcelas, ou mesmo a quitação antecipada do contrato. Neste sentido, aplicam-se, *in totum*, o disposto nos artigos 30, 31 e 52 do CDC, cuja eficácia protege a boa-fé e as legítimas expectativas do consumidor-adquirente ao celebrar o contrato, assim como informa a decisão sobre a contratação em acordo com sua capacidade de pagamento, especialmente por conta do caráter diferido da obrigação no tempo, e a dimensão do compromisso financeiro que normalmente representa. Lembre-se, igualmente, que, segundo o artigo 48, § 1.º, da Lei 4.591/64, o projeto e o memorial descritivo das edificações farão parte integrante do contrato.

2.5.3 Contratos bancários e financeiros

Dentre os diversos contratos de consumo, os contratos bancários e financeiros, sem dúvida, estão dentre os de maior repercussão prática no atendimento a necessidades do consumidor, como condição de inserção e atuação no mercado. O *homo economicus* na sociedade de consumo depende da atividade bancária para intermediar suas relações econômico-financeiras, para ter acesso ao crédito e a meios de pagamentos automatizados de crescente utilização no mercado. Daí o CDC ter previsto expressamente os serviços bancários, financeiros e de crédito como objeto de relações de consumo (artigo 3.º, § 2.º).⁵⁹⁵ Conforme se examina ao tratar-se do serviço como objeto da relação de consumo (I Parte, item 5.4.2), a inclusão dos serviços bancários, financeiros e de crédito foi objeto de questionamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591/DF, proposta pela Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CONSIF). Todavia, o STF ao decidir pela improcedência da ação, afirmou expressamente a constitucionalidade da aplicação do CDC a contratos que tenham por objeto tais serviços, na linha do que, aliás, era consensual no STJ (Súmula 297).⁵⁹⁶ Ocorre que, neste

595. Lembre-se, todavia, que não é apenas o CDC que se aplica às relações bancária, incidindo igualmente, o Código Civil. Neste sentido: EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2012. 151.

596. Súmula 297/STJ: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”. Veja-se sobre o tema, o nosso: MIRAGEM, Bruno. *Fundamento e finalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras: comentários à Súmula 297 do STJ*. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 82, p. 359-376. São Paulo: RT, 2012.

particular, é de relevo definir o que seja um contrato bancário, para que se possa examinar suas principais espécies. Conforme Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a definição de contrato bancário conforma-se a partir de dois elementos: o *elemento subjetivo*, pelo qual exige-se que um dos contratantes seja um banco ou instituição financeira; e o *elemento objetivo*, que diz respeito ao objeto do contrato, o qual deve estar vinculado à finalidade desta atividade econômica, que é a intermediação do crédito indireto.⁵⁹⁷

Atualmente não resta qualquer resistência à aplicação do CDC aos contratos bancários. Pelo contrário, observa-se a partir do entendimento quanto à sua aplicabilidade (em especial a Súmula 297 do STJ), certa tendência de conferir sua aplicação inclusive a contratos que segundo interpretação mais estrita não seriam considerados como tais, caso de contratos de financiamento em que o tomador de crédito é uma sociedade empresária de grande porte, por exemplo, e cujos recursos sejam destinados ao incremento de sua atividade econômica. Ou ainda, na aplicação do limite da multa moratória de 2% previsto no art. 52 do CDC, a cédulas de crédito industrial, título característico de financiamentos empresariais.⁵⁹⁸ Este entendimento pode ser tomado, em alguma medida, como sinal de resistência da corrente de interpretação maximalista da definição de consumidor, ou ainda a posição intermediária, quando exija para caracterização da relação de consumo, a demonstração da vulnerabilidade da pessoa jurídica frente à instituição financeira.⁵⁹⁹

Muitos contratos bancários que se qualificam como contratos de consumo caracterizam o fenômeno que já se teve a oportunidade de identificar como uma *relação corrente de negócios*, que é característica da atividade bancária em geral e seu relacionamento com a clientela.⁶⁰⁰ A rigor, a partir de um contrato-base (em geral a conta corrente bancária), originam-se no tempo, de acordo com as necessidades do cliente-consumidor, série de outros contratos, de mútuo, abertura de crédito, cartão de crédito, cuja duração coincide em parte com a conta-corrente, estabelecendo um plexo de obrigações que se sucedem, extinguem-se e voltam a nascer a partir e novos contratos, de modo que se caracterize a relação entre o consumidor e a instituição financeira como contratos de longa duração. Isso dá à contratação bancária um caráter de permanência,⁶⁰¹ o que, todavia, não elimina a possibilidade de modificações mediante usos e costumes desenvolvidos no curso do contrato. Mas, igualmente, e mesmo em vista do interesse das partes, em especial no tocante à confiança despertada por ocasião da contratação e no cur-

597. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*. Série de Pesquisas do CEJ, v. 11. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003. p. 8-9.

598. "Agravos regimentais no agravo regimental no agravo regimental no agravo de instrumento. Contratos bancários. Instituições financeiras. Código De Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Cédula de crédito industrial. Multa moratória. Redução de 10% para 2%. Possibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte restou consolidada com a edição da Súmula 297/STJ que sedimentou a possibilidade de incidência do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários. 2. A cobrança da multa moratória na alíquota de 10% só poderá ser mantida nos contratos bancários firmados antes da vigência da Lei 9.298/1996 que alterou o Código de Defesa do Consumidor, motivo pelo qual, na hipótese, merece ser reduzida para 2%. 3. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AgRg no Ag 1.333.349/MG, 3.ª T., j. 01.04.2014, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 07.04.2014).

599. Sustentando este entendimento: STJ, AgRg no AREsp 397.025/SP, 3.ª T., j. 25.03.2014, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 01.04.2014).

600. Neste sentido definiu-se em: MIRAGEM, Bruno. *Direito bancário*. São Paulo: RT, 2013, p. xxx.

601. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, t. XLII. São Paulo: Borsó, 1972. p. 9.

so de sua execução.⁶⁰² Igualmente, há deveres pós-contratuais a serem observados, especialmente no que diz respeito à incidência da norma do CDC vedando a cobrança abusiva de dívidas (artigo 42) e o procedimento de inscrição dos consumidores inadimplentes nos cadastros de proteção ao crédito (e.g., SPC, SERASA), previsto no art. 43 do Código.

Da mesma forma, o exame dos contratos bancários desde a perspectiva obrigacional, exige que se considere a realidade atual de desmaterialização do dinheiro e da moeda como tal, a partir da crescente dependência de escrituração contábil e automação da atividade bancária mediante o uso massivo da tecnologia da informação. Isto implica a consideração de que o domínio de recursos financeiros, havidos na relação entre o consumidor e a instituição bancária, para além do poder de criação monetária que é inerente à atividade financeira,⁶⁰³ revela a importância crescente de adaptação das estruturas típicas do direito das obrigações, especialmente na formação e execução dos contratos, aos aspectos intrínsecos da atividade bancária. Isto, naturalmente, repercute na qualificação dos contratos, a natureza de suas prestações e dos comportamentos das partes, pela multiplicação de deveres de dar, fazer e não fazer, atinentes não à transferência física de moeda, mas à movimentação de contas representativas de créditos mobilizados junto a uma instituição bancária, que por sucessivas operações contábeis de débito e crédito, implicam a movimentação patrimonial do titular dos direitos sobre os recursos ali registrados.⁶⁰⁴ A complexidade dos serviços oferecidos pelas instituições bancárias aos consumidores é crescente. Daí a origem de riscos igualmente crescentes de falhas na prestação dos serviços, cujo reconhecimento vem dando causa a uma tendência de securitização dos danos que venham a ser causados.⁶⁰⁵

Estes traços característicos da atividade bancária contemporânea devem estar presentes para o exame que ora se pretende sobre os contratos bancários que se caracterizam como contratos de consumo. São, como regra, contratos de adesão. Os principais contratos de consumo bancários são os contratos de depósito e conta corrente, de empréstimo (mútuo bancário), de financiamento de bens e/ou serviços, de caderneta de poupança, bem como de serviços financeiros que podem ser oferecidos ao consumidor de modo acessório ou autônomo, espécie de contrato financeiro, como é o caso do contrato de outorga de crédito mediante oferecimento e utilização de cartão de crédito. Da mesma forma, fale-se dos contratos em que as instituições bancárias oferecem operações de investimento ao consumidor. Nestes casos, considerando-se a existência de investidores/poupadores não profissionais, que mantêm recursos decorrentes de esforço econômico no sentido de formar reserva de valores para precaução ou planejamento em relação a eventos futuros, é de reconhecê-los como consumidores, aplicando-se o CDC com fundamento na vulnerabilidade do consumidor e mesmo por serem destinatários finais dos serviços (uma vez que poupam/investem para uso próprio, e não como iniciativa associada a outra atividade econômica profissional).

Neste sentido um aspecto interessante a ser observado diz respeito ao dever de informar da instituição financeira em relação à natureza dos investimentos realizados pelo investidor/pou-

602. MARQUES, Claudia Lima. Contratos bancários em tempos pós-modernos: algumas reflexões. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 25, p. 33. São Paulo: RT, janeiro-março/1998.

603. MOSCHETTO, Bruno. ROUSSILON, Jean. *La banque et ses fonctions*. 5. ed. Paris: PUF 2004. p. 59 et seq.

604. Neste sentido veja-se: GIORGIANNI, Francesco; TARDIVO, Carlo-Maria. *Manuale di diritto bancario*. 2. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2005, p. 8 et seq; MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Manual de direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 327.

605. ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 411-412.

pador. Segundo interpretação jurisprudencial, o dever de informar deve ser cumprido de modo inequívoco, inclusive em relação à álea que porventura caracterizar a realização de determinados investimentos, em situações nas quais se submeta o investidor/poupador ao risco de perder inclusive parte ou a integralidade do capital aplicado.⁶⁰⁶ Não se perde de vista, contudo, que sendo a álea ínsita à espécie de negócio celebrado, e tendo cumprido a instituição financeira com seu dever de informar, não responde pelo prejuízo eventualmente sofrido pelo investidor.⁶⁰⁷

606. “Processo Civil e Civil. Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais. Prequestionamento. Ausência. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. Contrato bancário. Fundos de investimento. Dever de informação. Artigo 31 do CDC. Transferência dos valores investidos para banco não integrante da relação contratual. Conhecimento do cliente. Mera presunção. Ausência de anuência expressa. Intervenção BACEN no Banco Santos S/A. Indisponibilidade das aplicações. Responsabilidade do banco contratado. Ocorrência. Ressarcimento dos valores depositados. 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 2. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 3. O princípio da boa-fé e seus deveres anexos devem ser aplicados na proteção do investidor-consumidor que utiliza os serviços de fornecedores de serviços bancários, o que implica a exigência, por parte desses, de informações adequadas, suficientes e específicas sobre o serviço que está sendo prestado com o patrimônio daquele que o escolheu como parceiro. 4. O redirecionamento das aplicações do recorrente ao fundo gerido pelo Banco Santos S/A., configura-se operação realizada pela instituição bancária fora de seu compromisso contratual e legal, que extrapola, por essa razão, a álea natural do contrato. Essa situação não pode ser equiparada, a título exemplificativo, ao risco de que o real se desvalorize frente ao dólar ou de que determinada ação sofra uma queda abrupta na bolsa de valores, pois não se pode chamar de risco, a desonerar a instituição bancária de sua responsabilidade, o que foi sua própria escolha, elemento volitivo, com o qual o conceito de risco é incompatível. 5. Não estando inserida na álea natural do contrato a aplicação junto ao Banco Santos S/A do capital investido pelo recorrente enquanto correntista da instituição financeira recorrida, a mera presunção de conhecimento ou anuência acerca desses riscos não é fundamento para desonerar a instituição bancária da obrigação de ressarcir ao consumidor-investidor os valores aplicados. Deve restar demonstrada a autorização expressa quanto à finalidade pretendida, ônus que cabe ao banco e do qual, na espécie, não se desincumbiu. 6. Recurso especial provido para condenar o recorrido a restituir ao recorrente os valores depositados. Ônus da sucumbência que se inverte” (STJ, REsp 1.131.073/MG, 3.ª T., j. 05.04.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 13.06.2011). No mesmo sentido: REsp 1.133.872-PB, 3.ª T., j. 14.12.2011, rel. Min. Massami Uyeda.

607. “Recurso Especial. Ofensa ao artigo 535 do CPC. Inexistência. Investimento em fundos derivativos. Risco da aplicação. Conhecimento do consumidor-padrão. Violação do direito de informação. Inexistência. Recurso improvido. 1. Não há que se falar em omissão no acórdão prolatado pelo Tribunal de origem, quando apreciadas todas as questões que lhe foram devolvidas pela apelação. 2. O fornecedor de serviços que causem riscos, normais e previsíveis, aos consumidores, tem o dever de dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito, ou seja, acerca da natureza e fruição dos serviços, considerando, para tanto, o conhecimento do homem médio, consumidor-padrão. 3. No investimento em fundos derivativos, principalmente os vinculados ao dólar-americano, é ínsito o alto grau de risco, tanto para grandes ganhos, como para perdas consideráveis. Aqueles que se encorajam a investir em fundos arrojados, estão cientes dos riscos do negócio. 4. Recurso a que se nega provimento” (STJ, REsp 1.003.893/RJ, 3.ª T., j. 10.08.2010, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 08.09.2010). No mesmo sentido: “Recurso especial. Consumidor. Responsabilidade civil. Administrador e gestor de fundo de investimento derivativo. Desvalorização do real. Mudança da política cambial. Prejuízo do consumidor. Risco inerente ao produto. Recurso provido. 1. Em regra, descabe indenização por danos materiais ou morais a aplicador em fundos derivativos, pois o alto risco é condição inerente aos investimentos nessas aplicações. Tanto é assim que são classificados no

Nem mesmo o fato de, como regra, não haver remuneração direta dos consumidores para o banco afasta sua caracterização como contrato de consumo. Tome-se, por exemplo, a caderneta de poupança, em que a remuneração da instituição financeira não é paga diretamente pelo consumidor-poupador, mas pelo resultado financeiro decorrente do emprego pelo banco do valor captado por intermédio do investimento em outras operações, as quais lhe serão remuneradas, geralmente por juros. Trata-se, no caso, de remuneração indireta do serviço, o que se percebe na contratação de quaisquer investimentos pelo banco, mediante captação de recursos do consumidor.

2.5.3.1 *Distinção entre serviços e operações bancárias: irrelevância para aplicação do CDC aos contratos bancários*

Por ocasião do julgamento da ADIn 2591/DF, pelo STF, no qual a Confederação Nacional das Instituições Financeiras visava à declaração da inconstitucionalidade do artigo 3.º, § 2.º, do CDC, na parte que colocava os serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários sob a incidência das normas de proteção do consumidor, ganhou destaque argumento utilizado especialmente no voto do então Ministro Nelson Jobim, com fundamento na doutrina especializada de direito bancário, sobre a distinção entre serviços bancários e operações bancárias. Tal interpretação tinha como finalidade de reduzir o âmbito de incidência do CDC. Apoiava-se na doutrina de Arnoldo Wald, para quem as operações bancárias constituem espécie distinta de serviço,⁶⁰⁸ ao qual não se aplicaria o CDC, em vista de seu conteúdo econômico, e em especial sua forma de remuneração, a partir do custo de operações ativas e da remuneração, via juros, das operações passivas, razão pela qual seriam insuscetíveis de controle pelas normas de proteção ao consumidor.⁶⁰⁹ Contudo, embora presente na doutrina especializada de direito bancário, a distinção é irrelevante para efeito da caracterização da relação de consumo e do âmbito de incidência do CDC. Em acordo com a técnica bancária, caracterizam operações bancárias todas as atividades negociais bancárias que contenham função creditícia.⁶¹⁰

mercado financeiro como voltados para investidores experientes, de perfil agressivo, podendo o consumidor ganhar ou perder, sem nenhuma garantia de retorno do capital. Como é da lógica do mercado financeiro, quanto maior a possibilidade de lucro e rentabilidade de produto oferecido, maiores também os riscos envolvidos no investimento. 2. No caso em exame, o consumidor buscou aplicar recursos em fundo agressivo, objetivando ganhos muito maiores do que os de investimentos conservadores, sendo razoável entender-se que conhecia plenamente os altos riscos envolvidos em tais negócios especulativos, mormente quando se sabe que o perfil médio do consumidor brasileiro é o de aplicação em caderneta de poupança, de menor rentabilidade e maior segurança. 3. Não fica caracterizado defeito na prestação do serviço por parte do gestor de negócios, o qual, não obstante remunerado pelo investidor para providenciar as aplicações mais rentáveis, não assumiu obrigação de resultado, vinculando-se a lucro certo, mas obrigação de meio, de bem gerir o investimento, visando à tentativa de máxima obtenção de lucro. Não pode ser considerado defeituoso serviço que não garante resultado (ganho) financeiro ao consumidor. 4. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 799.241/RJ, 4.ª T., j. 14.08.2012, rel. Min. Raul Araújo, DJe 26.02.2013).

608. WALD, Arnoldo. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 11, p. 296, jul.-set./1991.
609. WALD, Arnoldo. O Código de Defesa do Consumidor e os bancos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 38, p. 280. São Paulo: RT, out.-dez./2007.
610. ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 54.

Os serviços bancários, neste contexto, seriam reduzidos a atividades secundárias, com a finalidade de fidelização ou personalização do atendimento,⁶¹¹ como, por exemplo, locação de cofres, utilidades agregadas ao cartão bancário, ou serviços via internet. Em outros termos: as atividades típicas bancárias objeto de contratos bancários têm finalidade creditícia. Os serviços atípicos, de caráter acessório e que visam apenas à promover o acréscimo de atividades aos consumidores, são serviços bancários propriamente ditos.⁶¹² A irrelevância da distinção para o direito do consumidor, contudo, que restou afirmada na decisão do STF, diz respeito ao caráter abrangente dos conceitos de produto e serviço previstos na norma do artigo 3.º do CDC, que por esta razão deve ser compreendido em vista de sua lógica microssistêmica, uma vez que, conforme observa a doutrina, seu “espírito é claramente o de inclusão de todos os serviços remunerados, não importando a espécie”.⁶¹³

2.5.3.2 Expansão do crédito e proteção do consumidor

Um fenômeno que está a desafiar a efetividade do direito do consumidor diz respeito à expansão e facilitação do crédito na sociedade contemporânea. A rigor, a massificação do crédito em meados do século passado, fazendo surgir a modalidade de crédito para o consumo, caracterizou-se como inequívoco avanço, uma vez que permitiu o acesso dos consumidores a bens de consumo de maior valor que – se não houvesse a possibilidade de financiamento – não poderiam de outro modo ser adquiridos. Nesta perspectiva, a massificação do crédito foi um dos grandes elementos de promoção da economia no último século.

Contudo, o fenômeno que ora se observa é de outra natureza, e aqui tomamos em conta a realidade brasileira, embora se possa identificar características semelhantes em diversos países, como se infere da recente crise mundial deflagrada da incapacidade dos devedores de financiamentos imobiliários satisfazerem suas dívidas nos Estados Unidos, comprometendo a liquidez dos títulos que expressavam estes créditos no mercado de capitais (*subprimes*). Ocorre que mais do que mera expansão do crédito (maior disponibilidade de recursos para oferecimento de crédito), o problema se concentra efetivamente é na facilitação de sua obtenção (embora não necessariamente no seu pagamento). No caso, as situações em que o oferecimento do crédito no mercado de consumo vem desacompanhado da exigência de maiores garantias (como seria natural nesta espécie de contrato), bem como não são observados os limites de endividamento pessoal do devedor ou seu padrão de renda. Tudo em troca de taxas de juros sensivelmente altas, uma vez que representativas de um maior “risco” do credor. Em certo sentido, negligenciam-se os cuidados ordinários de concessão do crédito para obtenção de um número maior de consumidores, sem, contudo, comprometer o sucesso do negócio com altos riscos, devidamente suportados pela taxa de juros. Tanto é assim, que o grande tema de debate nos tempos atuais, pós-crise financeira mundial, vem sendo o da conveniência e o modo de promover maior regulamentação do mercado bancário e de crédito,⁶¹⁴ tanto no tocante a um maior controle e transparência de suas informações contábeis e financeiras, bem como dos

611. BERNET ROLLANDE, Luc. *Principes de technique bancaire*. 25. ed. Paris: Dunot, 2008. p. 199-200.

612. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor...*, 4. ed., p. 446.

613. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor...*, 4. ed., p. 466.

614. Neste sentido, veja-se, dentre outros: CARTAPANIS, André. *Sus l'égide du G-20: vers une regulation macro-prudentielle des banques*. In: ARTUS, Patrick (Dir.). *Quelles perspectives pour les banques?* Paris: PUF, 2009. p. 103.

deveres a serem observados na concessão de crédito ao consumidor, sob a égide da noção de crédito responsável.⁶¹⁵

Verifica-se também um estímulo ao crédito, que passa a ter autonomia em relação ao próprio consumo de bens e serviços. Se na origem o crédito para o consumo era um instrumento para permitir o atendimento a necessidades da aquisição de bens e serviços, ora ele é oferecido de modo autônomo, mediante a promoção da mensagem aos consumidores de que, tendo crédito, a partir de então se poderá escolher o que consumir. A autonomia do crédito resulta de que ele não mais é apresentado ao consumidor — sobretudo pelas instituições financeiras — como um instrumento acessório, e mesmo vinculado à aquisição de um determinado produto ou serviço, a fim de satisfazer necessidades de consumo. Ao contrário, passa a ter “independência”, uma vez associado, sobretudo pela publicidade, à ideia de liberdade de escolha, quando não de realização pessoal.

Destaque-se, neste particular, a importância da publicidade no estímulo a um comportamento imprudente na tomada de crédito pelos consumidores. O conteúdo das mensagens publicitárias, de um modo geral, concentra-se em valorizar as ideias de *imediatez* e *facilidade*, sobretudo de obtenção do crédito. E da mesma forma, associam a tomada de crédito como espécie de conduta natural para quem se encontre em dificuldade com a satisfação das despesas ordinárias, ou ainda como modo de realização de um “sonho” almejado pelo consumidor.⁶¹⁶ Recorre-se, portanto, ao incentivo do imaginário, do imaterial, sem qualquer espécie de advertência ou informação acerca do alcance da responsabilidade do tomador do crédito pelo pagamento da dívida.

Neste particular convém distinguir os diversos tipos de consumidores a que se direciona o esforço publicitário dos fornecedores de crédito. Para efeito do presente exame, se estabelece a distinção em três espécies de contratos de crédito ou financiamento para o consumo: (a) há desde a oferta às situações “convencionais”, ou seja, o financiamento de bens de valor significativo, em que o diferimento do pagamento pela via do crédito é que permite a aquisição do respectivo bem, como é o caso do financiamento imobiliário ou da aquisição de automóveis; (b) a oferta de crédito vinculada à aquisição de produtos duráveis de maior valor que, entretanto, se distinguem entre bens de utilidade comum e reconhecida (eletrodomésticos, p. ex.) e outros bens cuja necessidade/desejo de aquisição seja produzido por aspectos culturais e/ou de estratégia mercadológica do fornecedor, como a aquisição da “última versão”, ou do eletroeletrônico de “última geração”, associando a formação da necessidade de consumo do produto ao avanço tecnológico ou outros atrativos estabelecidos pelo fornecedor; (c) por fim, a oferta de crédito em espécie ou de utilização imediata, para satisfação de necessidades urgentes ou decorrentes de descontrole do tomador do crédito, bem como do seu interesse na aquisição de um determinado produto ou serviço sem a vinculação a sistema de financiamento específico oferecido pelo vendedor.

615. Assim os diversos trabalhos em direito brasileiro e comparado que vêm examinando o fenômeno da concessão de crédito e sustentando a necessidade de sua maior regulação, desde a perspectiva da proteção do interesse do consumidor. No Brasil, veja-se: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006.

616. Sobre as pressões a que são submetidos os consumidores de crédito pela publicidade, veja-se: CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988. p. 34 et seq.

Embora se perceba que em relação à aquisição de produtos e serviços (espécies *a* e *b*) há o incremento de técnicas que ao destacar as qualidades do objeto da contratação, desconsidera ou reduz a importância do contrato conexo de financiamento, diminuindo inclusive o nível de informação sobre a estrutura do negócio de concessão de crédito,⁶¹⁷ é na terceira espécie *c* que se vislumbram problemas ainda mais sérios em relação à proteção do consumidor. Isto porque a facilidade de concessão do crédito quando desacompanha a do cumprimento adequado do dever de informação e esclarecimento pelo fornecedor,⁶¹⁸ ou mesmo o estímulo à utilização do crédito sem a exigência de garantias, pode tanto comprometer a autonomia racional na decisão sobre contratar ou não, assim como ensejar o fenômeno do superendividamento do consumidor.⁶¹⁹

Os modos de oferta neste caso são variados. Aqui podem ser identificados tanto a concessão ou o aumento do limite de crédito em contrato conexo a contrato bancário de conta corrente, como é o caso do crédito especial vinculado à própria conta, ou modalidades de crédito instantâneo ou pré-aprovado, quanto os contratos de cartão de crédito em que o aumento do limite pode ser utilizado como estratégia de fidelização do consumidor (aumentando sua atividade). Cresce no Brasil, entretanto, a oferta de crédito independente da pré-existência de contrato de prestação de serviços bancários, mediante captação de clientes especialmente pela via da publicidade. É o caso das instituições financeiras que se concentram apenas nesta atividade, e divulgam os serviços oferecidos geralmente associados a mensagens de facilidades de

617. Os exemplos são abundantes. Na oferta de imóveis, por exemplo, as peças de publicidade, e eventualmente os próprios responsáveis pela venda, quase que de maneira uniforme adotam o comportamento de salientar o caráter acessível das parcelas iniciais (geralmente devidas enquanto a obra não se encontra concluída), sem informar sobre a existência de eventuais parcelas de reforço em valor maior, antes ou depois da entrega do imóvel, bem como a repercussão do aumento das parcelas devidas após a entrega do imóvel (“entrega das chaves”) e/ou os termos e condições de financiamento bancário que deverá ser obtido para integralizar o valor do preço. No caso da oferta de automóveis, ao lado de conhecidas técnicas reputadas como publicidade enganosa (de publicação da imagem do produto mais valioso associado ao preço do produto de menor valor), um aspecto a ser destacado é o aumento progressivo do prazo dos financiamentos, que podem se estender por boa parte da vida útil do bem (quase uma década), sem qualquer alerta ou advertência sobre custos de manutenção ou reparo que estes deverão sofrer em razão do desgaste ao longo do tempo. No caso de outros bens móveis observam-se mecanismos de financiamento disfarçado como é talvez um dos exemplos mais conhecidos no Brasil a cláusula de fidelização na aquisição de aparelho de telefonia celular. Neste caso, o preço reduzido ou a aparente gratuidade do aparelho vincula-se a contrato de prestação de serviços com a operadora de telefonia que ofereça a aparente vantagem ao consumidor, sendo o valor do bem diluído ao longo do tempo de utilização do serviço de telefonia pelo consumidor em condições estabelecidas pela operadora. Neste caso, em que se observa típica situação de conexidade contratual, é de enorme relevância o cumprimento do dever de informar pelo fornecedor, como forma de assegurar o esclarecimento do consumidor sobre a forma, o custo e as restrições inerentes à contratação.

618. A informação sobre juros a serem cobrados é pré-contratual, em nada atendendo o disposto no CDC sua informação posterior à celebração do contrato. Assim: REsp 1568290/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.^a Turma, j. 15.12.2015, DJe 02.02.2016.

619. Sobre o tema, veja-se: LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores*. São Paulo: RT, 2014, p. 25 e ss. BERTONCELLO, Karen Danilevicz. *Superendividamento do consumidor*. São Paulo: RT, 2015, p. 25 e ss. SCHMIDT, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento*. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil. Curitiba: Juruá, 2012, p. 189 e ss.

obtenção do crédito⁶²⁰ ou – menos comum – de pagamento da dívida, este geralmente associado ao número de parcelas ou ao tempo que o tomador do crédito terá para satisfação da obrigação.⁶²¹

Em relação às instituições financeiras de maior porte, há inclusive a organização de campanhas publicitárias com divulgação em televisão, com a participação de celebridades que “testemunham” sobre a veracidade da mensagem, destacando a facilidade de obtenção ou de pagamento da dívida, eventualmente, inclusive, colocando-se como se elas próprias tenham sido contratantes e por isso estariam “aprovando” a experiência. Neste caso, além da caracterização de publicidade enganosa (ao divulgar informação inverídica – artigo 37, § 1.º, do CDC), ou mesmo abusiva (na medida em que capaz de induzir o consumidor a comportar-se de modo prejudicial a sua segurança patrimonial – artigo 37, § 2.º, do CDC), permite inclusive que se avalie sobre eventual responsabilidade da celebridade pela divulgação de informações que sabidamente são falsas.⁶²²

Os efeitos da facilitação do crédito se fazem sentir hoje no direito do consumidor, especialmente em dois aspectos. Primeiro, pelo *agravamento da vulnerabilidade do consumidor* quando tomador de crédito em situações nas quais a necessidade da obtenção de recursos financeiros determina sua submissão a condições negociais extremamente onerosas. Estaria aqui presente situação de *hipervulnerabilidade* decorrente da extrema necessidade da obtenção de crédito, para responder a necessidades imprevistas, ou para solucionar/minorar efeitos de eventual desorganização financeira pessoal. Bem como as situações em que a vulnerabilidade agravada decorre de situações específicas, como a modalidade de concessão de crédito mediante pagamento consignado na folha de proventos oferecidos a aposentados e pensionistas do sistema de previdência público (INSS). Segundo, pelo *estímulo ao fenômeno do superendividamento* dos consumidores de crédito, mediante impossibilidade de pagamento das dívidas contraídas de boa-fé, especialmente em razão do planejamento financeiro inadequado, como também em razão de situações imprevistas como, por exemplo, o desemprego, divórcio, doença ou morte em família, que exigem a realização de despesas inesperadas.

O exame dos comportamentos econômicos permite identificar a tendência dos consumidores contraírem muitos empréstimos quando liberados de restrições contratuais ou legais, especialmente motivados por espécie de confiança demasiada em relação a sua não submissão ao risco de insucesso financeiro.⁶²³ Neste sentido, a função preventiva e corretiva das normas

620. Assim é o caso das mensagens publicitárias que enfatizam um alegado caráter instantâneo de obtenção do crédito, mediante a utilização de expressões como: “dinheiro na hora”, “dinheiro na mão”, ou “crédito sem burocracia” ou a ausência de controles sobre as condições subjetivas do tomador do crédito, destacando as expressões: “sem consulta ao SERASA ou ao SPC” (cadastros de proteção ao crédito), ou “limpe seu nome na praça”. Ainda, cite-se, as mensagens que associam a tomada do crédito como meio de realização de objetivos ou desejos do consumidor, tais como: “realize seus sonhos”, “agora você pode!”, “não perca tempo, invista [sic] em você” ou “quem disse que não dá? Com a Fininvest dá!”
621. Neste caso, exemplificativamente, as seguintes mensagens publicitárias: “você pode pagar sem fazer mal para o seu bolso”, “com prestações do tamanho do seu bolso”, ou “cabe direitinho no seu orçamento”.
622. Posiciona-se neste sentido, em interessante estudo monográfico sobre o tema: GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: RT, 2001. p. 162-167.
623. KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando as soluções. In: MARQUES, Claudia

de proteção do consumidor se destaca. E diga-se, não como eventualmente apontam seus críticos, com um conteúdo excessivamente protetivo/paternalista a ponto de comprometer a própria relação entre liberdade/responsabilidade do tomador do crédito. Mas especialmente com o sentido de, no momento prévio à contratação, a) assegurar a autonomia racional do consumidor na decisão sobre a contratação e suas consequências, e, após, b) caracterizando-se a situação de superendividamento, assegurar pela incidência do princípio da boa-fé, a realização efetiva dos deveres de colaboração, lealdade e respeito pelo contratante, observando a evolução do princípio do *favor debitoris* para, de modo mais amplo, do *favor debilis*.⁶²⁴ Da mesma forma, há quem sustente a responsabilização das instituições bancárias por concessão de crédito em desatenção às possibilidades do devedor de realizar o efetivo pagamento, identificando conduta em desacordo aos deveres de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva.⁶²⁵

A natureza preventiva do direito do consumidor se apresenta pela exigência do cumprimento dos deveres de informação e esclarecimento, especialmente na fase pré-contratual da concessão do crédito, cumprindo os deveres de clareza e objetividade (esclarecimento), apontados no artigo 31 do CDC, assim como a prestação adequada das informações específicas exigidas dos contratos de concessão de crédito e financiamento (artigo 52 do CDC). A efetividade do atendimento ao comando legal, neste particular estará intimamente associado ao compromisso dos juízes na aplicação das sanções dispostas para o descumprimento do dever de informar, previstas nos artigos 35 (cumprimento específico da oferta/perdas e danos), 46 (ineficácia da obrigação não informada ao consumidor), 51, IV (cláusula abusiva por contrariedade à boa-fé) e 56, XII (imposição de contrapropaganda na hipótese de publicidade ilícita).

2.5.3.3 Concessão de crédito e superendividamento de consumidores

Nos últimos anos, a preocupação dos juristas orienta-se para um relevante problema da sociedade de consumo: o *superendividamento*. Por *superendividamento* entenda-se a incapacidade do consumidor de pagamento de suas dívidas exigíveis, em face de descontrolo financeiro decorrente de abuso de crédito ou situações imprevistas em sua vida pessoal. Trata-se de reali-

Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006. p. 70-74.

624. A experiência jurídica em direito privado construiu um princípio *favor debitoris* em contraposição à ideia de submissão do devedor ao credor como consequência da execução do crédito. Trata-se de um lento processo de evolução cujas origens são comumente associadas à vigência da *Lex poeetia papiria*, de 326 a.C., que eliminou a possibilidade de escravidão (perda do *status libertatis*) por parte do devedor inadimplente. Ao longo do último século, em vista das transformações sociais e econômicas que lhe tiveram por cenário, desenvolve-se em continuidade, o princípio do *favor debilis*, considerado em vista de que nem sempre seria possível relacionar o credor como o forte e o devedor como o fraco, merecedor de proteção, o que fica bem demonstrado na relação de trabalho entre empregadores e empregados (estes credores de salários e demais prestações legais/ajustadas). Conforme ensina Lorenzetti, o *favor debilis* "transcende à posição obrigacional para se transportar para uma posição contratual, independentemente de se tratar de um crédito ou de um débito. A tutela do trabalhador, do locatário, do adquirente de uma moradia, daquele que toma um crédito, baseia-se no contrato, e essa qualidade é obrigacionalmente complexa, já que envolve tanto créditos como débitos, deveres colaterais e garantias". LORENZETTI, Ricardo. *Técnica da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2009. p. 252-253.
625. Sustenta este entendimento: BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil dos bancos por concessão abusiva de crédito. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (Coord.). *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 438 et seq.

dade social e econômica de destaque no sistema econômico contemporâneo, que vem crescentemente desafiando soluções a serem construídas pelo direito do consumidor.⁶²⁶ Em primeiro lugar, necessário que se diferencie entre o *superendividamento ativo e passivo*. *Ativo*, o superendividamento causado pelo abuso de crédito, seja por má-fé, ou por desorganização ou má-administração do orçamento familiar. *Passivo*, o superendividamento decorrente de um acidente da vida, aí compreendidas situações imprevistas que levam ao descontrole financeiro (tais como já mencionamos: divórcio, morte, doença, redução de ganhos, nascimento de filhos etc.), cujo resultado é a impossibilidade de pagamento de dívidas atuais e futuras.⁶²⁷

Qualquer solução para o tratamento do superendividamento é complexa, envolvendo inclusive, segundo os especialistas, a adoção de procedimentos mediante inovação legislativa.⁶²⁸ De qualquer modo, as providências nesta matéria envolvem questões de estratégia negocial, tanto de reescalonamento da dívida no tempo, quanto eventuais abatimentos como espécie de estímulo consequente ao pagamento. Contudo, do ponto de vista jurídico, a questão central a ser observada diz respeito à manutenção de recursos financeiros suficientes que assegurem um *mínimo existencial* ao devedor (*restre à vivre*).⁶²⁹

Note-se que pelas dimensões que assume e potenciais efeitos pessoais, familiares e sociais que envolvem os contratos de concessão de crédito, a proteção do consumidor do crédito extravasa a finalidade protetiva meramente negocial – de proteção do contratante vulnerável em face de uma dada posição ou interesse econômico legítimo – para assumir caráter existencial. A vulnerabilidade agravada do consumidor de crédito e de sua família na realidade atual, faz com que nas relações de consumo se observe a projeção do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como de eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas. Neste sentido é de grande repercussão no Brasil⁶³⁰ a conhecida decisão do Tribunal Constitucional Alemão, de 1993, na qual a Corte determinou que fosse reconhecida a nulidade de obrigação contratual da

626. Sobre a evolução legislativa do tratamento do endividamento e da insolvência civil no direito privado, veja-se o estudo de BATELLO, Sílvio Javier. A (in) justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006. p. 211-229.
627. MARQUES, Claudia Lima. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: RT, 2006. p. 258-259.
628. MARQUES, Claudia Lima. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento...*, p. 289 et seq.
629. MARQUES, Claudia Lima. *Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento...*, p. 290.
630. Inspirando-se na decisão, veja-se o julgado do Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, no STJ: "Habeas Corpus. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes. Artigos 1.º, III, 3.º, I, e 5.º, *caput*, da CR. Artigos 5.º e 17 da LICC. DL 911/67 [rectius: 1969]. Ordem deferida" (Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 12547/DF* Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Julgado em 01.06.2000. Publicado no DJU 12.02.2001, p. 115). Na doutrina, vejam-se as reflexões de: MARQUES, Cláudia Lima. *Os contratos de crédito*

fiança oferecida pelo filho em relação a dívida de seu pai, tornando-a ineficaz por ofensa aos bons costumes e à boa-fé, uma vez que confrontava o artigo 2, parte 1, da Lei Fundamental, que assegura o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Neste caso, a eficácia do direito fundamental teve em vista tanto a proteção da pessoa do devedor acessório, que, sem patrimônio para satisfazer a dívida, tornava a garantia oferecida excessiva, quanto à própria família do devedor em relação à conduta considerada imoral do credor para obtenção do seu crédito.⁶³¹

A projeção dos direitos fundamentais sobre os contratos de crédito resulta desde a exigência dos deveres de colaboração, respeito e consideração com a pessoa do cocontratante, até deveres de lealdade e informação, que impõe ao especialista que informe o leigo, sobretudo em relação aos riscos que determinada contratação acarreta.⁶³² Neste sentido é a lição do direito comparado. No direito holandês, destaque-se o caso *Van Lanschot v. Moeder Bink* (1991), em que a Sra. Bink assume garantia de empréstimo da empresa do filho, comprometendo parte significativa do patrimônio familiar. Como a empresa do filho declara falência, o banco Van Lanschot ingressa com demanda contra a Sra. Bink para cobrança da dívida. Esta, então, fundada no Código Civil, alega que o contrato foi celebrado mediante erro, na medida em que não tinha sido suficientemente informada pelo banco sobre os riscos da operação. A Suprema Corte então decide que só poderia ser alegado erro para invalidar a garantia se restasse demonstrado, nas circunstâncias negociais, que a instituição que forneceu o crédito na qualidade de expert profissional não se desincumbiu do seu dever de informar, considerando que este se encontra em melhor posição para prevenir dos riscos do negócio.

Em sentido semelhante, no direito inglês, a partir do caso *O'Brien* (1994), em que a esposa (Mrs. O'Brien) opõe-se à execução de garantia hipotecária outorgada ao banco por seu marido devedor com a sua anuência, indicando que não havia sido advertida sobre os riscos do negócio, tendo simplesmente firmado o documento. Nesse caso a Câmara dos Lordes decidiu, com fundamento na doutrina da *constructive notice* (em seguida desenvolvida pelo caso *Etridge*, de 2001), que o credor profissional que não esclareça os riscos do crédito, bem como forneça as informações ao contratante não profissional, poderá ser sancionado, em face da violação da boa-fé, com a perda da garantia, em especial quando prestada por familiares.⁶³³ O direito à informação, na medida em que representa instrumento de formação da sua decisão racional, serve para a afirmação da autonomia pessoal do indivíduo (*direito de liberdade*), assim como, em relação às consequências da contratação e da exigibilidade do crédito, consagra a necessidade de proteção da integridade e do mínimo existencial do devedor (proteção da dignidade da pessoa humana). Em ambos os casos, revela projeção da ordem pública constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana.

O modo como sejam aplicadas as soluções já previstas pelo direito do consumidor para regulação da conduta do fornecedor nos contratos de fornecimento do crédito, ou mesmo a construção de novas soluções no tocante ao tratamento do superendividamento de consumi-

na legislação brasileira de proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 18, p. 53-76, 1996.

631. CHEREDNYCHENKO, Olha O. *Fundamental rights, contract law and the protection of weaker party. A comparative analysis of the constitutionalisation of contract law, with emphasis on risky financial transaction*. München: Sellier European Law Publishers, 2007. p. 318.
632. Assim no direito holandês, CHEREDNYCHENKO, Olha O. *Fundamental rights, contract law and the protection of weaker party...*, p. 331-338.
633. CHEREDNYCHENKO, Olha O. *Fundamental rights, contract law and the protection of weaker party...*, p. 344-346.

dores, devem ser vislumbrados de modo a considerar sua vinculação à proteção dos direitos fundamentais da pessoa no contrato de consumo

No direito brasileiro, é o caso da decisão do STF, de dezembro de 2009, ao editar a Súmula vinculante n. 25 que, revisando entendimento anterior da Corte, e com fundamento em recentes precedentes,⁶³⁴ estabeleceu: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Fundamentou a decisão do STF, nova orientação acerca da hierarquia dos tratados internacionais sobre proteção de direitos humanos, que passam ser considerados como superiores à legislação ordinária, afastando a equiparação legal, feita pelo Decreto-lei 911/69, a depositário infiel do devedor de contrato de alienação fiduciária em garantia – comumente utilizado nos contratos de outorga de crédito e financiamento da aquisição de bens e serviços – em face da violação do princípio da proporcionalidade que deve orientar os limites do âmbito de proteção dos diversos direitos fundamentais, uns em relação aos outros.⁶³⁵

634. “Prisão civil do depositário infiel em face dos tratados internacionais de direitos humanos. Interpretação da parte final do inciso LXVII do artigo 5.º da Constituição Brasileira de 1988. Posição hierárquico-normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (artigo 7.º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o artigo 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-lei n. 911/69, assim como em relação ao artigo 652 do Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). Alienação fiduciária em garantia. Decreto-Lei n. 911/69. Equiparação do devedor-fiduciante ao depositário. Prisão civil do devedor-fiduciante em face do princípio da proporcionalidade. A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua triplíce configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; e b) o Decreto-lei n. 911/69, ao instituir uma ficção jurídica, equiparando o devedor-fiduciante ao depositário, para todos os efeitos previstos nas leis civis e penais, criou uma figura atípica de depósito, transbordando os limites do conteúdo semântico da expressão “depositário infiel” insculpida no artigo 5.º, inciso LXVII, da Constituição e, dessa forma, desfigurando o instituto do depósito em sua conformação constitucional, o que perfaz a violação ao princípio da reserva legal proporcional. Recurso extraordinário conhecido e não provido” (STF, RE 349703, Pleno, j. 03.12.2008, rel. Min. Carlos Britto, DJe 05.06.2009); E da mesma forma: “Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do artigo 5.º, inc. LXVII e §§ 1.º, 2.º e 3.º, da CF à luz do artigo 7.º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (STF, RE 466343, Pleno, j. 03.12.2008, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.2009).

635. MARQUES, Claudia Lima; MAZZUOLI, Valerio. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de direito do consumidor*, v. 70, p. 93-138. São Paulo: RT, abril-junho/2009.

2.5.3.4 Principais contratos bancários e financeiros de consumo

A esse trabalho interessa o exame dos principais contratos bancários e financeiros de consumo. Daí porque se examinam os contratos de mútuo, abertura de crédito, depósito e conta corrente, cartões de crédito e caderneta de poupança. A dinâmica da atividade bancária, como se sabe, resulta criativa na formatação de novos negócios, caracterizados pela atipicidade contratual. Em relação ao destinatário final dos contratos bancários e financeiros, ao consumidor *standard* a teor do artigo 2.º, *caput*, do CDC, observa-se uma certa permanência de espécies contratuais tradicionais, sem prejuízo da expansão do âmbito de incidência das normas de proteção do consumidor, em especial mediante a aplicação do seu artigo 29, a outras espécies de contratos bancários e financeiros quando demonstrada vulnerabilidade daquele que contrata com a instituição financeira.

2.5.3.4.1 Mútuo bancário

O contrato de mútuo é considerado a operação bancária básica,⁶³⁶ embora se admita sua realização por quem não exerça atividade financeira, estando regulado no Código Civil pelos artigos 586 a 592, os quais se aplicam à relação contratual entre o consumidor e o banco. Trata-se de espécie de empréstimo caracterizado como contrato real, de entrega de coisa fungível que deve ser restituído pelo mutuante ao mutuário em coisa de mesmo gênero, qualidade e quantidade. Ser contrato real significa que o contrato de mútuo só existe quando ocorre a efetiva entrega da coisa, ocasião em que o contrato se reputa perfeito. No caso do mútuo bancário, trata-se de mútuo de dinheiro, que, como regra é entregue pelo banco ao consumidor, para livre disposição, ou de modo vinculado à utilização para determinado fim (hipótese em que mais comumente utiliza-se a expressão financiamento), em razão do qual o mutuante (banco) exigirá o pagamento de juros (juros remuneratórios, que servem para remunerar o capital tornado disponível como contraprestação ao mutuante). O juro, no caso, tem natureza de fruto civil, acessório de uma obrigação principal, que, no caso do mútuo e demais contratos bancários, será sempre considerado valor pecuniário (moeda).

2.5.3.4.1.1 Disciplina legal dos juros contratados

A taxa de juros cobrados por instituições financeiras não está limitada ao índice a que se refere o artigo 591 do Código Civil, conforme entendimento consolidado da jurisprudência. Porém, será passível de controle da taxa de juros tanto no tocante a taxas que superem manifestamente a taxa de mercado (consideradas, portanto, manifestamente abusivas), ou que não sejam previamente informadas ao consumidor, mediante a aplicação, respectivamente, dos artigos 6.º, inciso V, e 51, bem como do artigo 46, do CDC. Ressalte-se, contudo, que conforme o STJ, “a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade” (Súmula 382). Porém, note-se que a competência jurisdicional para revisão do contrato não é afastada mesmo na hipótese de extinção do contrato por novação, sendo lícito ao juiz conhecer e revisar o conteúdo do contrato extinto (Súmula 286).⁶³⁷

636. SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 179.

637. Súmula 286/STJ: “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.”

No que se refere ao sistema de juros compostos, conhecido também como anatocismo (incidência de juros sobre juros), a regra geral do sistema de direito privado é o da sua proibição.⁶³⁸ Já o fazia, neste sentido, a Súmula n. 121, do STF, desde 1963, ao estabelecer que “é vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada”. O Código Civil ao regular a matéria, entende pela possibilidade de sua capitalização anual (artigo 591). Contudo, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo a possibilidade de capitalização mensal de juros, com fundamento na autorização expressa na Medida Provisória 2.170-36/2001, que permitiu a capitalização de juros por instituições financeiras em período inferior a um ano. A norma em questão vem sendo considerada prevalente pela Corte Federal, dada a sua especialidade em relação à regra geral do Código Civil.⁶³⁹ Na mesma linha, o STJ não reconhece a limitação do limite máximo de juros anuais de 12% ao ano, para tais contratos, conforme previsto pela Lei de Usura (Decreto n. 22.626/33).⁶⁴⁰ Segue, neste particular, entendimento firmado pelo STF

638. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 631.

639. “Cível. Ação revisional. Contrato de financiamento com garantia de alienação fiduciária. Capitalização dos juros. Anualidade. Artigo 591 do Código Civil de 2002. Inaplicabilidade. Artigo 5.º da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001). Lei especial. Preponderância. I. Não é aplicável aos contratos de mútuo bancário a periodicidade da capitalização prevista no artigo 591 do novo Código Civil, prevalecente a regra especial do artigo 5.º, *caput*, da Medida Provisória n. 1.963-17/2000 (2.170-36/2001), que admite a incidência mensal. II. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 890460/RS, 4.ª T., j. 18.12.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 18.02.2008). E no mesmo sentido: “Agravamento regimental. Recurso especial. Contrato bancário. Juros remuneratórios. Limitação. Impossibilidade. Capitalização mensal de juros. Contrato posterior à MP n. 1.963-17/2000. Possibilidade de permanência. Legalidade. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. 1. Quanto aos juros remuneratórios, a Segunda Seção desta Corte (REsp 407.097/RS) pacificou o entendimento no sentido de que, com a edição da Lei 4.595/64, não se aplica a limitação de 12% ao ano aos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, *ut* súmula 596/STF, salvo nas hipóteses previstas em legislação específica. 2. É cabível a capitalização dos juros em periodicidade mensal para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação da MP 2.170-36/2001, desde que pactuada, como ocorre no caso do contrato de financiamento, não se aplicando o artigo 591 do Código Civil (REsp 602.068/RS e REsp 890.460/RS). 3. A comissão de permanência, calculada pela taxa média dos juros de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil e tendo como limite máximo a taxa do contrato (súmula 294/STJ), é devida para o período de inadimplência, desde que não cumulada com correção monetária (súmula 30/STJ), juros remuneratórios, moratórios e multa contratual (AgREsp 712.801/RS). 4. Da leitura das razões expandidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, deve a decisão ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 5. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1064157/MS, 4.ª T., j. 09.02.2010, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 01.03.2010).

640. Assim a decisão do STJ em conformidade com o procedimento dos recursos repetitivos em contratos bancários: “Direito processual civil e bancário. Recurso especial. Ação revisional de cláusulas de contrato bancário. Incidente de processo repetitivo. Juros remuneratórios. Configuração da mora. Juros moratórios. Inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes. Disposições de ofício. Delimitação do julgamento. Constatada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, foi instaurado o incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor, nos termos da ADIn n. 2.591-1. Exceto: cédulas de crédito rural, industrial, bancária e comercial; contratos celebrados por cooperativas de crédito; contratos regidos pelo Sistema Financeiro de Habitação, bem como os de crédito consignado. Para os efeitos do § 7.º do artigo 543-C do CPC, a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida

pelo menos desde a edição da Súmula n. 596, de 1976, de que “as disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”.

no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade. Neste julgamento, os requisitos específicos do incidente foram verificados quanto às seguintes questões: i) juros remuneratórios; ii) configuração da mora; iii) juros moratórios; iv) inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes e v) disposições de ofício. Preliminar – O Parecer do MPF opinou pela suspensão do recurso até o julgamento definitivo da ADIn 2.316/DF. Preliminar rejeitada ante a presunção de constitucionalidade do artigo 5.º da MP n. 1.963-17/2000, reeditada sob o n. 2.170-36/2001. I – julgamento das questões idênticas que caracterizam a multiplicitade. Orientação 1 – Juros Remuneratórios. a) As instituições financeiras não se sujeitam à limitação dos juros remuneratórios estipulada na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), Súmula 596/STF; b) A estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade; c) São inaplicáveis aos juros remuneratórios dos contratos de mútuo bancário as disposições do artigo 591 c/c o artigo 406 do CC/2002; d) É admitida a revisão das taxas de juros remuneratórios em situações excepcionais, desde que caracterizada a relação de consumo e que a abusividade (capaz de colocar o consumidor em desvantagem exagerada – artigo 51, §1.º, do CDC) fique cabalmente demonstrada, ante às peculiaridades do julgamento em concreto. Orientação 2 – Configuração da Mora. a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descaracteriza a mora; b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual. Orientação 3 – Juros Moratórios. Nos contratos bancários, não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convençados até o limite de 1% ao mês. Orientação 4 – Inscrição/Manutenção em Cadastro de Inadimplentes. a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz; b) A inscrição/manutenção do nome do devedor em cadastro de inadimplentes decidida na sentença ou no acórdão observará o que for decidido no mérito do processo. Caracterizada a mora, correta a inscrição/manutenção. Orientação 5 – Disposições de Ofício. É vedado aos juízes de primeiro e segundo grau de jurisdição julgar, com fundamento no artigo 51 do CDC, sem pedido expresso, a abusividade de cláusulas nos contratos bancários. Vencidos quanto a esta matéria a Min. Relatora e o Min. Luis Felipe Salomão. II – Julgamento do Recurso Representativo (REsp 1.061.530/RS) – A menção a artigo de lei, sem a demonstração das razões de inconformidade, impõe o não conhecimento do recurso especial, em razão da sua deficiente fundamentação. Incidência da Súmula 284/STF: O recurso especial não constitui via adequada para o exame de temas constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF. Devem ser decotadas as disposições de ofício realizadas pelo acórdão recorrido. Os juros remuneratórios contratados encontram-se no limite que esta Corte tem considerado razoável e, sob a ótica do Direito do Consumidor, não merecem ser revistos, porquanto não demonstrada a onerosidade excessiva na hipótese. Verificada a cobrança de encargo abusivo no período da normalidade contratual, resta descaracterizada a mora do devedor. Afastada a mora: i) é ilegal o envio de dados do consumidor para quaisquer cadastros de inadimplência; ii) deve o consumidor permanecer na posse do bem alienado fiduciariamente e iii) não se admite o protesto do título representativo da dívida. Não há qualquer vedação legal à efetivação de depósitos parciais, segundo o que a parte entende devido. Não se conhece do recurso quanto à comissão de permanência, pois deficiente o fundamento no tocante à alínea “a” do permissivo constitucional e também pelo fato de o dissídio jurisprudencial não ter sido comprovado, mediante a realização do cotejo entre os julgados tidos como divergentes. Vencidos quanto ao conhecimento do recurso a Min. Relatora e o Min. Carlos Fernando Mathias.

No tocante à autorização da capitalização mensal de juros, embora respeitando o entendimento do STJ, com ele é de se discordar. E por duas razões fundamentais: a) não há se falar em norma especial admitindo em caráter genérico a capitalização de juros, quando o fundamento para sua cobrança é remuneração do empréstimo concedido ao consumidor, o que no caso é realizado em vista do valor efetivamente tornado disponível. Ademais, b) a regra do artigo 591 do Código Civil estabelece os fundamentos da disciplina sobre juros para todos os contratos em direito privado, inclusive para os contratos bancários. Assim, não cabe na interpretação de norma anterior ao Código Civil de 2002 (como é o caso da medida provisória invocada, reeditada por último em 2001), sob o argumento da sua especialidade, contrariar disposição que determina fundamentos da disciplina jurídica dos juros no direito brasileiro.

2.5.3.4.1.2 Comissão de permanência

Outra questão de relevo diz respeito à exigibilidade da denominada comissão de permanência nos mútuos bancários e demais contratos bancários que envolvam a outorga de crédito. A definição de comissão de permanência não é simples. Seu fundamento normativo encontra-se na Resolução 1.129/86, do Banco Central do Brasil, atualmente consolidada no Manual de Normas e Instruções do BACEN sob o n. 02-01-03 (portanto normas infralegais), e que dispuseram sobre a faculdade das instituições financeiras relacionadas na mencionada norma “cobrar de seus devedores por dia de atraso no pagamento ou na liquidação de seus débitos, além de juros de mora na forma da legislação em vigor, “comissão de permanência”, que será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento”. A natureza jurídica da comissão de permanência é dúbia, havendo que sustente tratar-se de correção monetária e outros a identificando como espécie de juros compensatórios. Conforme define a doutrina de direito bancário, trata-se de “*encargo sobre os empréstimos contratados pelas instituições financeiras, cuja hipótese de incidência é o atraso do devedor no pagamento de qualquer parcela devida. É calculado como juro, ou seja, mediante a aplicação de uma taxa sobre o saldo devedor. Sua natureza jurídica é idêntica à dos juros.*”⁶⁴¹ Desde a perspectiva do interesse das instituições financeiras, a cobrança da comissão de permanência justifica-se em face da circunstância de que o inadimplemento do tomador do crédito faz com que o recurso inicialmente previsto para retornar ao banco a certo tempo (no vencimento do empréstimo), mantém-se em aberto, obrigando-se o banco a buscar no mercado nova fonte de recursos para fazer frente a estes valores frente a depositantes e correntistas. O argumento está perfeito se for considerada a função de outros encargos cobrados pelas instituições financeiras como é o caso dos juros convencionados sobre o mútuo, calculados sobre a mesma base de cálculo (o valor do crédito concedido pelo banco), que além da remuneração do capital, reconhecidamente cumpre a função de custear os riscos de inadimplemento. Ou seja, dois encargos, que a princípio sus-

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido, para declarar a legalidade da cobrança dos juros remuneratórios, como pactuados, e ainda decotar do julgamento as disposições de ofício. Ônus sucumbenciais redistribuídos” (STJ, REsp 1061530/RS, 2.ª Seção, j. 22.10.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 10.03.2009). No mesmo sentido: “Contrato bancário. Ação revisional. Juros remuneratórios. Limitação afastada. 1. A limitação de juros remuneratórios de 12% a.a. prevista na Lei de Usura não é aplicável aos contratos bancários, salvo aqueles regidos por leis especiais, a exemplo das cédulas de crédito rural, industrial e comercial. 2. Agravo regimental provido” (STJ, AgRg no REsp 1061489/MS, 4.ª T., j. 02.12.2008, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 18.12.2008).

641. OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, juros e instituições financeiras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 414.

tentam-se como acumuláveis, incidentes sobre uma mesma base e visando – ainda que parcialmente – responder à mesma finalidade dos custos representados pelo risco de inadimplimento. Contudo, outro argumento utilizado para distinguir a comissão de permanência é o de que na verdade esta tem por função responder ao risco do refinanciamento do valor emprestado ao devedor inadimplente, por conta do fato de que, enquanto permanece a inadimplência, a remuneração de nova captação de recursos pelo banco para suprir o crédito devido e não pago pelo inadimplente, pode ter custo maior do que aquele que previsto na taxa de juros originalmente contratada com o devedor, que mantém sua taxa inalterada por força do contrato, o que poderia gerar prejuízo ao credor. Seria, deste modo, a comissão de permanência uma forma especial de convencionar juros compensatórios, com a distinção de que outorgam alternativa em favor do banco de cobrar a taxa de juros compensatórios originalmente convencionada, ou a taxa de mercado no dia do efetivo pagamento.⁶⁴² Daí porque consta da Súmula n. 296, do STJ: “Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”. E na mesma linha, a Súmula n. 379 da Corte veio a indicar que “nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês.”

Por outro lado, a possibilidade criada pela aplicação da comissão de permanência, de incidência sobre a dívida de taxa de juros da data do efetivo pagamento pelo devedor, impede a nosso ver, a possibilidade de que incida para cobrança sobre a mesma dívida, a correção monetária. Isto porque a correção monetária tem por finalidade precípua preservar o valor da moeda nas dívidas de valor contratadas a prazo. No caso, a cobrança de comissão de permanência permite opção da instituição bancária, por receber o valor corrigido pela incidência da taxa de juros do dia do efetivo pagamento. A não ser em uma economia em evidente processo inflacionário – o que não é o caso atual do Brasil – a incidência concomitante de correção monetária e comissão de permanência, em princípio, representa a cobrança em duplicidade de valores para o mesmo fim de responder aos riscos da projeção do tempo do pagamento efetivo da dívida. Nesta linha, segue o entendimento do STJ, conforme se observa em sua Súmula n. 30, que refere: “A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”.⁶⁴³

642. OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, juros e instituições financeiras*, p. 416-417.

643. “Direito econômico. Agravo no recurso especial. Ação revisional de contrato bancário. Comissão de permanência. Cumulação com outros encargos moratórios. Impossibilidade. – É admitida a incidência da comissão de permanência após o vencimento da dívida, desde que não cumulada com juros remuneratórios, juros moratórios, correção monetária e/ou multa contratual. Agravo no recurso especial não provido” (STJ, AgRg no REsp 706368/RS, 2.ª Seção, j. 27.04.2005, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 08.08.2005). No mesmo sentido: “Civil e processual. Agravo regimental. Contrato de financiamento com alienação fiduciária em garantia. Peças não autenticadas. Ausência de legitimação processual. Incidente alegado a destempo. Rejeição. Comissão de permanência. Não cumulada. Capitalização mensal dos juros pactuada. Súmulas n. 5 e 7/STJ. Contratos posteriores à MP n. 1.963-17. Juros remuneratórios. Acórdão que decide com fundamentação baseada na legislação constitucional e ordinária. Não interposição de recurso extraordinário. Súmula n. 126-STJ. Reconsideração da decisão nessa parte. I. Com relação à capitalização, a 2.ª Seção, ao apreciar o REsp n. 602.068/RS, entendeu que somente nos contratos firmados após 31.03.2000, data da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17, revigorada pela MP n. 2.170-36, em vigência graças ao artigo 2.º da Emenda Constitucional n. 32/2001, é admissível a capitalização dos juros em período inferior a um ano. *In casu*, o contrato sob exame foi firmado posteriormente às normas referenciadas, de modo que legítima a capitalização dos juros remuneratórios, como pactuada. II. Referentemente à comissão de permanência, firmou-se o entendimento de que ela pode ser deferida de acordo com a Súmula n.

Neste particular, ao caracterizar-se como alternativa em favor do credor, a comissão de permanência deve ser examinada sob a égide do princípio do equilíbrio contratual. E o primeiro aspecto que se coloca em relevo diz respeito a sua origem. No caso, como já foi mencionado, a comissão de permanência tem sua sede na Resolução n. 1.129/86, do BACEN, que permite aos bancos sua cobrança. Contudo, deve ser ela convenionada. E neste sentido, subordina-se ao controle do conteúdo contratual a partir das regras cogentes do CDC. Seguindo esta linha de entendimento, um primeiro aspecto a ser considerado refere-se a circunstância de se considerar ou não a comissão de permanência como cláusula potestativa, a luz do que dispõe o artigo 51, incisos IV e X, considerando que ela admite uma espécie de opção da instituição bancária quanto à taxa de juros a incidir sobre a dívida contratada. De fato, a possibilidade de escolha facultada apenas ao credor, e cuja repercussão é direta no valor da dívida a ser satisfeita, contém elementos que permitem identificar o caráter potestativo da cláusula. Porém, sobre o tema, é em outro sentido o entendimento do STJ, conforme se observa da sua Súmula 294: “Não é potestativa a cláusula contratual que prevê a comissão de permanência, calculada pela taxa média de mercado apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa do contrato”.

Desse modo, registre-se que o cabimento da cobrança da comissão de permanência foi assentado na jurisprudência do STJ, que preservou, todavia, a possibilidade do juiz de controlar seus excessos, mantendo quanto possível a validade a cláusula que a estabelece.⁶⁴⁴ Neste sentido, a Súmula 472 do STJ, editada em agosto de 2012, define: “A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual”.

294 deste Tribunal, desde que sem cumulação com juros remuneratórios e moratórios, multa e correção monetária (AgR-REsp n. 706.368/RS, 2.ª Seção, v.u., rel. Ministra Nancy Andrighi, DJU de 08.08.2005). III. A limitação dos juros remuneratórios com base da Lei de Usura, sob o pretexto de revogação da Lei n. 4.595/64 pela Constituição Federal, com fulcro na qual foi editada a Súmula n. 596-STF, exige a interposição de recurso extraordinário. Incidência da Súmula n. 126/STJ. IV. Agravo regimental parcialmente provido” (STJ, AgRg no REsp 1052298/MS, 4.ª T., j. 04.02.2010, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 01.03.2010).

644. “Direito Comercial e Bancário. Contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. Princípio da boa-fé objetiva. Comissão de permanência. Validade da cláusula. Verbas integrantes. Decote dos excessos. Princípio da conservação dos negócios jurídicos. Artigos 139 e 140 do Código Civil Alemão. Artigo 170 do Código Civil brasileiro. 1. O princípio da boa-fé objetiva se aplica a todos os partícipes da relação obrigacional, inclusive daquela originada de relação de consumo. No que diz respeito ao devedor, a expectativa é a de que cumpra, no vencimento, a sua prestação. 2. Nos contratos bancários sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, é válida a cláusula que institui comissão de permanência para vigor após o vencimento da dívida. 3. A importância cobrada a título de comissão de permanência não poderá ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato, ou seja, a) juros remuneratórios à taxa média de mercado, não podendo ultrapassar o percentual contratado para o período de normalidade da operação; b) juros moratórios até o limite de 12% ao ano; e c) multa contratual limitada a 2% do valor da prestação, nos termos do artigo 52, § 1.º, do CDC. 4. Constatada abusividade dos encargos pactuados na cláusula de comissão de permanência, deverá o juiz decotá-los, preservando, tanto quanto possível, a vontade das partes manifestada na celebração do contrato, em homenagem ao princípio da conservação dos negócios jurídicos consagrado nos artigos 139 e 140 do Código Civil alemão e reproduzido no artigo 170 do Código Civil brasileiro. 5. A decretação de nulidade de cláusula contratual é medida excepcional, somente adotada se impossível o seu aproveitamento. 6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp 1.063.343/RS, 2.ª Seção, j. 12.08.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, DJe 16.11.2010).”

De reforçar-se, neste particular, a importância que deve ser dada, igualmente, como critério de regularidade da cobrança de juros contratados, comissão de permanência ou quaisquer outras obrigações pecuniárias, igualmente, ao dever de informar da instituição bancária. *Dever de informar*, que, como já se indicou, representa dever de esclarecimento do consumidor (e não mero repasse formal de informação). Neste sentido, a informação sobre taxa de juros, modo de cálculo, possibilidade de capitalização periódica e sua aplicação *in concreto* é critério para exame do exercício regular da liberdade contratual pelas instituições bancárias. O não atendimento ao dever de esclarecimento, neste caso, implica a identificação da abusividade da cláusula contratual por contrariedade à boa-fé (uma vez comprometida a qualidade do consentimento do consumidor), ou mesmo da incidência do artigo 46, indicando a ausência da obrigação de pagamento do consumidor. Note-se que a demonstração do atendimento do dever de informar constitui ônus da prova do fornecedor e matéria de conhecimento das instâncias ordinárias, em face dos próprios limites indicados pelo STJ para seu conhecimento do recurso especial.⁶⁴⁵

2.5.3.4.1.3 Pagamento antecipado e multa por inadimplemento

Lembre-se, por fim, que o Código de Defesa do Consumidor, em relação a quaisquer contratos de outorga de crédito ao consumidor determina a redução proporcional dos juros por ocasião do pagamento antecipado da obrigação, conforme dispõe o artigo 52, § 2.º: “É assegurada ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos”. Esta norma do CDC incide sobre os contratos bancários que tenham por objeto a outorga de crédito por quaisquer modalidades, razão pela qual resultam daí duas consequências: a) primeiro, há direito do consumidor à redução proporcional dos juros e demais encargos cobrados sobre a dívida; e b) a finalidade do CDC de facilitação do adimplemento antecipado do contrato, contrapõe-se a qualquer espécie de exigência de taxa especial que crie obstáculo ao pagamento total da dívida, a qual carecerá de fundamento lógico-jurídico que a sustente.

Por outro lado, no tocante à multa contratual, note-se que a jurisprudência brasileira consolidou a interpretação extensiva do artigo 52 do CDC, para efeito de reconhecer sua aplicação, seja em relação aos deveres de informação que explicita, seja no tocante ao limite da multa moratória de 2% (dois por cento) ao mês, a todos os contratos que envolvam operação de crédito, razão pela qual os contratos bancários, independente de sua estrutura, devem observar o limite legal para a multa pela mora, sob pena de nulidade.⁶⁴⁶ Neste sentido é o entendimento expresso pela Súmula n. 285, do STJ, que refere: “Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista”.

645. Assim a Súmula n. 7, do STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

646. “Contrato de confissão de dívida. Inversão do ônus da prova. Multa. Código de Defesa do Consumidor. 1. Não repercute no julgado a alegação de cerceamento de defesa por ausência da inversão do ônus da prova, quando, claramente, está indicado que a questão é de direito. 2. Impõe-se a redução da multa para 2%, como previsto no artigo 52, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor, seja porque o crédito bancário é um serviço ao alcance do artigo 3.º, § 2.º, do mesmo Código seja porque a Lei n. 9.298/96 é anterior ao contrato assinado seja, finalmente, porque, expressamente, o contrato referiu-se ao Código de Defesa do Consumidor. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte” (STJ, REsp 241.941/PR, 3.ª T., j. 28.05.2002, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05.08.2002).

2.5.3.4.2 Contrato de abertura de crédito

O contrato de abertura de crédito é aquele em que a instituição bancária, na qualidade de creditante, assume o compromisso de desembolso em favor do creditado mediante remuneração financeira a ser paga pelo creditado sob a forma de juros. A obrigação da instituição financeira, neste caso, é tornar disponível o crédito para uso pelo consumidor na medida da sua necessidade. A abertura de crédito tanto pode se dar em prestação conexa ao contrato de conta-corrente (limite de empréstimo, ou de cheque especial, p. ex.), ou ainda constituir operação específica posteriormente contratada pelas partes.⁶⁴⁷ Conforme aponta a doutrina, não há de se confundir este contrato com o mútuo, uma vez que, como regra geral, não necessita na abertura de crédito, como o exigem o mútuo e o depósito, a entrega – ainda que simbólica – do dinheiro. Basta tornar disponível o crédito, que passa a ser utilizado na medida em que o consumidor o comprometa em operações futuras.⁶⁴⁸ Da mesma forma, pode ocorrer que a formalização do contrato de abertura de crédito se dê também para cobrir eventuais valores a descoberto na conta corrente do consumidor. Neste caso, trata-se de novo contrato, que inclusive pode surgir como novação da obrigação anterior, ou em virtude do qual se extingue a dívida decorrente de saques a descoberto na conta corrente, satisfeita pelo crédito concedido no segundo contrato. Neste caso, é de registrar duas considerações importantes. Primeiro, que a eventual extinção da obrigação original não elimina a possibilidade de sua revisão, quando tenha por objeto cláusulas abusivas presentes no contrato, mesmo que extinto. Eventual extinção ulterior, como é o caso da novação de dívida⁶⁴⁹ ou mesmo contrato de abertura de crédito para satisfação da dívi-

647. Anote-se, contudo, o entendimento do STJ, por intermédio da Súmula 565, de 2016, que refere: “A pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, é válida apenas nos contratos bancários anteriores ao início da vigência da Resolução-CMN n. 3.518/2007, em 30/4/2008.” A referência à resolução do Conselho Monetário Nacional se dá então pelo fato de que esta, ao dispor sobre as tarifas bancárias, não previu a TAC ou a TEC mencionadas.

648. SALOMÃO NETO. *Direito bancário*, p. 213.

649. “Agravo regimental em recurso especial – Ação revisional de contrato de abertura de crédito em conta-corrente – Negativa de prestação jurisdicional – Omissão – Inocorrência – Revisão de contratos extintos pela novação – Possibilidade – Limitação dos juros remuneratórios – Inadmissibilidade – Capitalização dos juros – Prévia pactuação – Cobrança – Possibilidade, nos contratos firmados após a edição da MP n. 1.963-17 – Comissão de permanência – Lícitude na cobrança – Repetição do indébito – Prova do pagamento em erro – Desnecessidade – Súmula 322/STJ – Agravo regimental não provido. 1. O órgão julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os pontos alegados pelas partes, mas somente sobre aqueles que entender necessários para o julgamento do feito, de acordo com seu livre convencimento fundamentado, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional, resultado diferente do pretendido pela parte. 2. “A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.” (súmula 286/STJ). 3. No tocante aos juros remuneratórios, não incide a limitação a 12% ao ano, prevista no Decreto n. 22.626/33, salvo hipóteses legais específicas, visto que as instituições financeiras, integrantes do Sistema Financeiro Nacional, são regidas pela Lei n. 4.595/64. Tal entendimento, ressalte-se, não foi alterado após a vigência do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas também se aplicam aos contratos firmados por instituições bancárias. Visando à harmonização dos referidos diplomas legais, esta Corte Superior consagrou a manutenção dos juros no percentual avençado pelas partes, desde que não reste sobejamente demonstrada a exorbitância do encargo. 4. É assente neste colegiado o entendimento no sentido de que a Taxa Selic não representa a taxa média praticada pelo mercado, sendo, portanto, inviável sua utilização como parâmetro de limitação de juros remuneratórios. 5. Quanto à capitali-

da original em melhores condições, não elimina o direito ao equilíbrio contratual do consumidor.⁶⁵⁰ Sendo a dívida originária resguardada com garantias (fiador, p. ex.), havendo novação ou repactuação do contrato de modo a alterar parte de sua forma e tempo de pagamento, as garantias não se estendem necessariamente em relação ao novo ajuste, sem a anuência do garantidor, quando for o caso.⁶⁵¹

Da mesma forma, note-se que o risco da instituição bancária ao substituir dívida decorrente de saques a descoberto por outra decorrente de abertura de crédito – o que muitas vezes tem por finalidade estabelecer melhores garantias ao credor – pode atingir também o direito de terceiros credores, em relação à preferência do seu crédito (como pode ocorrer fora do direito

zação mensal de juros, o entendimento prevalecente nesta Corte era no sentido de que esta somente seria admitida em casos específicos, previstos em lei (cédulas de crédito rural, comercial e industrial), conforme a Súmula n. 93/STJ. Com a edição da MP 1.963-17, de 30.03.2000 (atualmente reeditada sob o n. 2.170-36/2001), passou-se a admitir a capitalização mensal nos contratos firmados posteriormente à sua entrada em vigor, desde que haja previsão contratual. 6. No concernente à comissão de permanência, é lícita a sua cobrança após o vencimento da dívida, devendo observar a taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, limitada à taxa de juros contratada para o período da normalidade. Destaca-se que a cobrança da comissão de permanência não pode coligar com os encargos decorrentes da mora, como os juros moratórios e a multa contratual. 7. “Para a repetição do indébito, nos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, não se exige a prova do erro.” (Súmula n.º 322/STJ). 8. Alegações do agravante nada acrescentaram, no sentido de infirmar os fundamentos do decisum agravado. 9. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp 655.179/RS, 4.ª T., j. 12.08.2008, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF-1.ª Região), DJe 29.09.2008).

650. “Comercial e processual civil. Termo de renegociação de dívida. TR. Fundamento legal diverso. Préquestionamento. Ausência. Súmulas n. 282 e 356/STF Incidência. Revisão. Transação. Continuidade negocial. Súmula n. 5/STJ. Juros. Interesse em recorrer. Inexistência. Fixação em percentual inferior ao pretendido. Multa por inadimplência. Redução. Lei n. 9.298/96. Aplicabilidade. I. Admitida a indexação da correção monetária pela TR pela aplicação de fundamento legal diverso, carece de prequestionamento aquele que entendem os recorrentes incidir, se não buscada a manifestação expressa via embargos declaratórios (Súmulas n. 282 e 356/STF). II. A conclusão de que operou-se a extinção das contratações anteriores pela transação firmada entre as partes não pode ser elidida sem que se proceda ao exame do contrato, para declarar a continuidade negocial que a inviabilizaria, o que é vedado ao STJ, nos termos da Súmula n. 5, eis que, no caso, as novas disposições mantiveram-se no âmbito da discricionariedade dos contratantes. III. Ademais, não há interesse na reforma do julgado recorrido, que reconheceu que a taxa de juros remuneratórios aplicada ao contrato é inferior à pretendida obter por força do recurso especial. IV. A redução da multa para 2%, tal como definida na Lei n. 9.298/96, de 01.08.1996, é cabível nos contratos celebrados após sua vigência, caso dos autos. Precedentes da Corte. V. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido” (STJ, REsp 400.937/RS, 4.ª T., j. 12.03.2002, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 20.05.2002).

651. “Civil e processo civil. Recurso especial. Embargos do devedor. Execução de fiança dada em garantia de contrato de abertura de crédito. Posterior ocorrência de transação entre credor e devedor, sem anuência do fiador, com dilação de prazo para pagamento da dívida. Ocorrência de moratória. Desoneração da garantia. Multa pelo caráter protelatório dos embargos. – Afasta-se a multa do parágrafo único do artigo 538 do CPC quando não se caracteriza o propósito protelatório na interposição dos embargos de declaração. – O acórdão reconheceu a existência de moratória concedida sem a anuência do fiador. Extingue-se, assim, a garantia antes concedida, nos termos do artigo 1.503, I, do CC/16. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 1047117/PE, 3.ª T., j. 06.10.2009, rel. Min. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrihgi, DJe 03.12.2009).

do consumidor, no âmbito da legislação falimentar). O contrato de abertura de crédito observa duas espécies de remuneração da instituição bancária. A primeira, por intermédio de uma taxa de abertura de crédito. A segunda, por intermédio de juros incidentes sobre o valor sacado pelo creditado. Neste caso, de verificar-se se a prestação da instituição bancária é bastante, tornando disponível o recurso, ou se é necessário o efetivo saque pelo consumidor. A nosso ver, a abertura do crédito, em si, se dá quando ele se torna disponível, ainda que não seja imediatamente utilizado, ou mesmo sequer venha a ser a qualquer tempo utilizado pelo consumidor. Isto não implica, necessariamente, que desde logo será devida remuneração pelo consumidor à instituição bancária, já que, uma vez remunerada por intermédio de juros, este só deverá incidir, em acordo com as regras do contrato de mútuo antes examinado, mediante incidência da taxa sobre o valor do capital efetivamente entregue ao consumidor, sob pena de – assim não o sendo – caracterizar vantagem excessiva e conseqüente abusividade da conduta da instituição bancária.

O contrato de abertura de crédito, mesmo quando acompanhado com o extrato de conta-corrente que demonstre o saque dos valores pelo tomador do crédito, não constitui título executivo, conforme firmado pelo STJ em sua Súmula n. 233. O mesmo ocorre quando se tenha título de crédito emitido com fundamento no negócio causal da abertura de crédito, hipótese em que o STJ, em sua Súmula n. 258, firmou entendimento no sentido de que “a nota promissória vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou.”

Ainda merece exame espécie contratual muito utilizada nos dias atuais, especialmente pela redução substancial de riscos que implica, qual seja, a abertura de crédito com obrigação de satisfação da parcela mediante consignação em folha de pagamento ou dos proventos de aposentadoria. Neste caso, o adimplemento da parcela do contrato é assegurado mediante autorização de débito pelo consumidor, em parcelas periódicas, a serem descontadas de modo automático da folha de pagamento de salários ou aposentadorias, ou ainda débito na própria conta-corrente do consumidor junto à instituição bancária. Na medida em que representa maior garantia de pagamento do credor – uma vez que assegura o crédito em favor do credor, mediante procedimento do empregador, do INSS, ou da instituição bancária – reduz o risco de inadimplência do consumidor. Contudo, esta redução de riscos do fornecedor não pode vir em prejuízo do consumidor, devendo-se, para tanto: a) exigir-se o cumprimento nos contratos de crédito consignado do dever de informar qualificado presente no artigo 52, do CDC; b) o respeito a limites de endividamento do consumidor proporcional a sua renda mensal, assegurando a manutenção de recursos necessários a sua subsistência; c) o controle estrito da publicidade de crédito visando reprimir, especialmente, o incentivo ao endividamento. No caso do limite de consignação, a legislação vem estabelecendo a margem de 30% do valor da remuneração mensal como limite máximo para desconto em folha de pagamento. Este percentual, que se encontra inscrito na legislação federal para os servidores públicos da União, serve de parâmetro útil para a jurisprudência em relação aos servidores de outros entes federados e para os particulares, considerando a finalidade de evitar o superendividamento dos consumidores.⁶⁵²

652. “Apelação cível. Privado não especificado. Crédito consignado. Limitação do desconto em folha de pagamento a 30% dos rendimentos auferidos pelo mutuário, a vista de garantir-lhe o mínimo existencial. Construção pretoriana. Precedente jurisprudencial. Apelação desprovida” (TJRS, ApCiv 70014114458, 5.ª Câmara, j. 25.05.2007 rel. Des Ana Maria Nedel Scalzilli). No mesmo sentido: “Ação cominatória. Limitação de descontos em folha de pagamento. Cabimento no caso concreto. Pretensão articulada contra ambos os credores. Possibilidade de limitação dos descontos em 30% dos rendimentos líquidos do apelante, nos termos da legislação vigente a respeito do crédito con-

Já no caso de outorga de crédito para aquisição de bens e/ou serviços, o contrato que contenha este objeto denomina-se comumente financiamento, pelo qual a instituição financeira, via de regra, repassa a outro fornecedor os fundos necessários ao adimplemento do contrato estabelecido pelo consumidor. No caso, tratam-se de contratos coligados, destinados a possibilidade de aquisição mediante outorga de crédito. Adotarão, no mais das vezes, garantias de pagamento pelo devedor mediante a reserva de domínio do bem, sob a modalidade de alienação fiduciária e do *leasing* imperfeito (pelo qual a locação característica do *leasing*, se desnatura em compra e venda parcelada). No caso, na alienação fiduciária, há transferência de domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, conforme definia o artigo 66 da Lei 4.728/65, com a redação que lhe foi conferida pelo Decreto-lei 911/69. Atualmente o artigo 1.361 do Código Civil define propriedade fiduciária como “propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”. Neste caso, a existência de uma maior garantia do fornecedor para a cobrança de dívida do consumidor, assegurando o domínio e posse mediata do bem adquirido, admitirá a possibilidade de busca e apreensão da coisa na hipótese de inadimplemento.⁶⁵³ Contudo não mais cabe a equiparação legal, feita especialmente pelo Decreto-lei 911/69, do possuidor direto do bem, devedor do contrato de alienação fiduciária, equiparado a depositário, e neste sentido, permitindo a prisão do devedor inadimplente quando depositário infiel. De um lado, pela revogação expressa, pela Lei 10.931/2004, da disposição do seu artigo 1.º que, ao estabelecer a definição da alienação fiduciária, indicava o cabimento de sanções penais na hipótese de descumprimento dos deveres inerentes ao depósito. E do mesmo modo, de acordo com a jurisprudência mais recente do STF, ao editar a Súmula vinculante n. 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” que consolida o novo entendimento do Tribunal, reconhecendo o caráter suprallegal dos tratados internacionais de direitos humanos (no caso, da Convenção Americana dos Direitos Humanos – Pacto de San José), e conseqüente inconstitucionalidade das normas legais que indicam a equiparação e a possibilidade de prisão.⁶⁵⁴

No que se refere ao contrato de *leasing*, que originalmente deu causa à polêmica sobre sua natureza como contrato de consumo ou natureza mercantil (em face, especialmente, de sua regulamentação em direito brasileiro sob a denominação de contrato de arrendamento mercan-

signado – Decreto n. 6.386, de 29.02.2008, aplicável aos servidores públicos da União, ainda que se trate de servidor público municipal. Nada obsta, contudo, a manutenção dos descontos, vez que autorizados pelo mutuário, sendo forma de assegurar o acesso ao crédito, mas observada a limitação legal, preservando-se, assim, a dignidade do autor e o acesso deste aos elementares bens da vida. A redução se dá de forma proporcional, mantendo-se os termos da contratação, apenas alongando-se o pagamento da dívida, de sorte a ser assegurada a integral satisfação da obrigação assumida, tendo presente o estado de evidente endividamento do mutuário. Apelo provido” (TJRS, ApCiv 70026541300, 20.ª Câm. Civ., j. 17.12.2008, rel: José Aquino Flores de Camargo).

653. Destaque-se, todavia que, conforme entendimento do STJ “no contrato de arrendamento mercantil (*leasing*), ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora” (Súmula 369).

654. Neste sentido, o *leading case* do STF: “Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do artigo 5.º, inc. LXVII e §§ 1.º, 2.º e 3.º, da CF; à luz do artigo 7.º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n. 349.703 e dos HCs n. 87.585 e n. 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (STF, RE 466343, j. 03.12.2008, rel. Min. Cezar Peluso, DJe 05.06.2009).

til), e que se tornou, no Brasil, espécie de contrato de consumo, em que pessoas naturais, destinatárias finais de produtos ou serviços, nominalmente arrendam produtos para sua utilização direta (transmite-se posse), mediante pagamento de remuneração periódica ao arrendante (em geral instituição financeira), mas que se desnatura em contrato de aquisição do bem (compra e venda de consumo), na medida em que se faculta ao arrendatário o pagamento ao início ou ao final do contrato de valor residual, visando à aquisição da propriedade do bem. O contrato de arrendamento mercantil pode prever ou não a opção de compra, pelo arrendatário, do bem de propriedade do arrendador. Note-se que, neste particular, o próprio STJ decidiu originalmente em sua Súmula n. 263, considerar que “a cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda a prestação”. Contudo, a partir da decisão dos Embargos de Divergência ao Recurso Especial 213.828⁶⁵⁵ e, em seguida, dos Recursos Especiais n. 443.143/GO e 470.632/SP, o STJ decidiu pelo cancelamento da Súmula n. 263 e revisão de seu entendimento anterior, considerando que eventual antecipação da opção do pagamento do valor residual não é suficiente para descaracterizar o *leasing*, transformando-o em compra e venda, especialmente em face dos efeitos tributários desta distinção. Mais recentemente, em 2016, editou o STJ, a Súmula 564, que refere que “No caso de reintegração de posse em arrendamento mercantil financeiro, quando a soma da importância antecipada a título de valor residual garantido (VRG) com o valor da venda do bem ultrapassar o total do VRG previsto contratualmente, o arrendatário terá direito de receber a respectiva diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos pactuados.”

Em relação à revisão dos contratos de *leasing* celebrados em dólar, aliás, é que se decidiu questão relativa à possibilidade de revisão do contrato por fato superveniente que torne a prestação do consumidor excessivamente onerosa. No caso, a maxidesvalorização da moeda brasileira em relação ao dólar deu causa a que os contratos que estivessem indexados à moeda norte-americana tivessem sua prestação devida pelos consumidores significativamente elevada, de modo a caracterizar onerosidade excessiva. Daí é que, ao decidir as ações revisionais do contrato de *leasing* indexados ao dólar, veio a decidir o STJ pela procedência do pedido revisional, sem necessidade de recurso à teoria da imprevisão, mas fundando-se no artigo 6.º, inciso V, do CDC, que prevê o direito do consumidor ao equilíbrio econômico das prestações em relação a riscos do mercado, pela aplicação da teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico.⁶⁵⁶

655. “Arrendamento mercantil. *Leasing*. Antecipação do pagamento do valor residual garantido. Descaracterização da natureza contratual para compra e venda à prestação. Lei 6.099/74, artigo 11, § 1.º. Não ocorrência. Afastamento da Súmula 263/STJ [súmula cancelada (DJ/U 25.09.2003)]. 1. O pagamento adiantado do Valor Residual Garantido - VRG não implica necessariamente antecipação da opção de compra, posto subsistirem as opções de devolução do bem ou prorrogação do contrato. Pelo que não descaracteriza o contrato de *leasing* para compra e venda à prestação. 2. Como as normas de regência não proibem a antecipação do pagamento da VRG que, inclusive, pode ser de efetivo interesse do arrendatário, deve prevalecer o princípio da livre convenção entre as partes. 3. Afastamento da aplicação da Súmula 263/STJ. 4. Embargos de Divergência acolhidos” (STJ, REsp 213828/RS, Corte Especial, j. 07.05.2003, rel. Min. Milton Luiz Pereira, rel. p/ Ac. Min. Edson Vidigal, DJ 29.09.2003).

656. “Revisão de contrato - Arrendamento mercantil (“leasing”) - Valor residual - Descaracterização. Relação de consumo. Taxa de juros - Fundamento inatacado. Indexação em moeda estrangeira (dólar norte-americano) - Crise cambial de janeiro de 1999 - Plano real. Aplicabilidade do artigo 6.º, inciso V, do CDC - Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior.

2.5.3.4.3 Contratos de conta-corrente e depósito

Conta-corrente e depósito podem ser vislumbrados tanto como um mesmo contrato com prestações múltiplas, quanto como contratos distintos. *Depósito bancário* consiste no contrato cuja prestação principal envolve a custódia e guarda de dinheiro pelo banco. *Conta-corrente* é o contrato cuja prestação principal é a de criar em favor do correntista conta contábil em que se registram lançamentos de créditos e débitos conforme recursos depositados, sacados ou transferidos de outra conta, pelo próprio correntista ou por terceiros, nos termos do contrato.⁶⁵⁷ No caso do depósito bancário, incide regra do artigo 645 do CC/2002, relativamente ao depósito de coisas fungíveis. Eis a regra: “O depósito de coisas fungíveis, em que o depositário se obriga a restituir objetos do mesmo gênero, qualidade e quantidade, regular-se-á pelo disposto acerca do mútuo”. Isto justifica argumento doutrinário de que em relação ao depósito bancário são devidos juros.⁶⁵⁸ Ocorre que argumento contrário sustenta a necessidade de disponibilidade do dinheiro captado, razão pela qual o dever de guarda não subjaz o de remuneração. Ao contrário, sendo depósito em conta corrente, a legislação de regência sustenta inclusive remuneração em favor da instituição bancária, por intermédio de tarifa pela manutenção da conta. Nada impede, todavia, a existência de conta de poupança específica (poupança corrente), em conjunto com o contrato de conta-corrente, no qual parte dos recursos disponíveis e não utilizados, são direcionados para a conta poupança, e neste caso, remunerados na forma do contrato.

Já o contrato de conta-corrente pressupõe a existência de depósito. Os recursos financeiros ingressam em conta-corrente por conta do depósito. Porém, embora se tenha pelo depósito o dever de guarda do dinheiro depositado, outros serviços se agregam a este, desde as obrigações

– A cobrança antecipada do valor residual implica a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil. – Aplicam-se as disposições do CDC aos contratos de arrendamento mercantil. – É inadmissível o Recurso Especial, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles. – Descaracterizado o contrato de arrendamento mercantil, não se aplica a autorização excepcional prevista no artigo 6.º da Lei n. 8.880/94, e indevido se mostra o reajuste das prestações pela variação cambial de moeda estrangeira. – O preceito insculpido no inciso V do artigo 6.º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. – A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. – A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar norte-americano. – É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (artigos 6.º, III, 31, 51, XV, 52, 54, § 3.º, do CDC). – Incumbe à arrendadora desincumbir-se do ônus da prova de captação específica de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (artigos 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o artigo 6.º da Lei n. 8.880/94” (STJ, REsp 361.694/RS, 3.ª T., j. 26.02.2002, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.03.2002).

657. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. LII, p. 51.

658. RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 8. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 32-33.

de pagamento do banco na hipótese de saque dos valores sob sua guarda, cobranças, bem como o registro de todas as operações de débito e crédito.

Segundo Claudia Lima Marques, o contrato de conta-corrente hoje é "um contrato complexo, de depósito e múltiplos serviços, uns essenciais e intrínsecos à sua natureza, outros acessórios ao prestar principal de administrar as quantias, outros conexos e voluntários." E prossegue a jurista afirmando que "caracteriza-se, pois, como uma relação múltipla e complexa de serviços, com um depósito básico, um plexo de serviços de escrituração e caixa e caixas específicas e um objetivo claro: de possibilitar a inserção da pessoa-depositante no mundo financeiro e bancário atual".⁶⁵⁹ Conforme ensina Pontes de Miranda, discute-se se o contrato de conta-corrente bancária é contrato único, ou se nele há, ligados entre si, dois ou mais contratos. Neste sentido observa que pouco importa haver prestações ou motivos distintos, uma vez que a causa é única.⁶⁶⁰

Da mesma forma pode estar conexo ao contrato de conta-corrente e depósito a abertura de crédito, consistente na disponibilização de limite de débito ("cheque especial" ou "cheque garantido") além da suficiência de fundos da conta. Não é contrato autônomo, mas prestação secundária assegurando a disponibilização de recursos até certo limite, para satisfazer obrigação do correntista frente a saque em sua conta.⁶⁶¹ A causa do contrato, aqui, continua sendo o registro de movimentação e custódia dos recursos existentes (conta-corrente e depósito). Sob condição de insuficiência de recursos, torna-se eficaz o dever do banco de cobrir o saldo negativo, conforme contratado com o consumidor. Mantém-se, contudo, neste caso, os deveres de informação do consumidor relativamente à prestação contratual do banco, sua extensão e seu custo (acerca do limite de desembolso do banco, os juros cobrados como remuneração, o prazo de pagamento, se houver, dentre outras informações relevantes).

Se reconhecidamente de enorme importância nos contratos de consumo em geral, e nos contratos bancários em particular, quando se trata da conta-corrente o dever de informar do fornecedor instituição bancária reveste-se de caráter fundamental. É aspecto inerente ao contrato o dever de informar do fornecedor sobre as movimentações lançadas em conta-corrente (débitos e créditos), como condição de acompanhamento de sua suficiência financeira e, mais do que isso, da correta execução do contrato pela instituição bancária. Atualmente as instituições bancárias oferecem conjuntos de serviços bancários agregados à conta-corrente remunerados integralmente por tarifas, que envolvem certo limite de utilidades relativamente à conta, a disponibilidade de cheques, acesso a certo número de extratos detalhados de movimentação da conta, dentre outros.

O dever de guarda inerente aos depósitos em conta-corrente, faz com que responda o banco por eventuais desvios de recursos de modo não autorizado pelo correntista, tanto por equívoco ou falha no sistema eletrônico da instituição bancária, assim como por desvios praticados por terceiros em violação ao sistema do banco, seja por intermédio de fraudes, como por desvios decorrentes da utilização de novos instrumentos de tecnologia, como a movimentação via internet,⁶⁶² terminais de autoatendimento ou outra forma de acesso à conta-corrente ban-

659. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, 4. ed., p. 447-448.

660. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. LII, p. 49.

661. *Idem*, p. 51.

662. "Apelação cível. Negócios jurídicos bancários. Ação declaratória de inexistência de dívida c/c pedido de restituição de valores e indenização por danos materiais e morais. Multa por descumprimento de ordem judicial. Não demonstrada a existência de contrato de empréstimo entre as partes, são

cária. Tem a instituição bancária um dever de segurança de duplo fundamento, inerente ao dever de qualidade dos serviços que deve prestar ao consumidor, e decorrente das regras próprias do contrato de depósito. A violação deste dever dá causa à responsabilidade do fornecedor pelos danos causados, mesmo quando eventual desvio seja realizado por terceiros, em geral violando o sistema de proteção da instituição bancária.⁶⁶³

Da mesma forma, responde a instituição bancária pela abertura de conta-corrente em nome de terceiro, mediante a apresentação de documentos falsos pelo cliente.⁶⁶⁴

Todos estes casos inserem-se no conceito de fortuito interno, como eventos que integram o risco negocial do banco, e, portanto, sobre eles não pode se afastar sua responsabilidade. Esse entendimento foi sufragado pela jurisprudência do STJ por intermédio da Súmula 479, que estabelece: “As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.⁶⁶⁵

indevidos os respectivos débitos das parcelas na conta bancária do autor, restando configurada a responsabilidade da instituição financeira demandada em relação ao dano material ocasionado ao demandante. A hipótese de fraude praticada por cracker quanto a operações bancárias realizadas via internet não exime a instituição financeira da responsabilidade acerca do dano patrimonial ocasionado ao autor. A cobrança indevida, por si só, é mero dissipar da vida cotidiana, não havendo que se falar em pagamento de indenização por dano moral. Mostra-se cabível a incidência da multa cominada por descumprimento de ordem judicial, no interregno em que permaneceu desatendida a referida ordem, cumprindo, no caso, apenas a sua redução. Recurso provido em parte” (TJRS, ApCiv 70025947854, 17.^a Câm. Civ., j. 26.03.2009, rel. Luiz Renato Alves da Silva).

663. “Consumidor. Contrato de conta-corrente. Movimentações via internet realizados por terceiros. Falha de segurança comprovada. Responsabilidade civil. Danos morais ocorrentes. 1. A alegação da autora de que não feria efetuado transferência ou pagamento via internet é plausível. De conhecimento notório que os sistemas operacionais dos bancos envolvendo negociações *on line* são passíveis de fraude. O réu confessou que a conta bancária da demandante foi invadida por terceiros (fl. 20), tanto que disponibilizou a restituição dos valores contestados. 2. Assim, restando comprovada a responsabilidade do banco pelos débitos na conta-corrente da autora, surge para o réu o dever de indenizar. 3. Dano moral configurado, já que comprovado que os transtornos sofridos extrapolaram os meros dissabores da vida. O valor do desfalque na conta-corrente da autora tornou seu saldo negativo, acarretando danos morais indenizáveis. O valor fixado a título de indenização por danos morais deve observar os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, merecendo ser fixado em R\$ 3.000,00. Recurso parcialmente provido” (TJRS, Recurso Cível 71001914258, 1.^a Turma Recursal Cível, j. 23.04.2009, rel. Ricardo Torres Hermann).
664. “Danos morais. Inscrição do nome do correntista em cadastro de proteção ao crédito em virtude de abertura de conta-corrente, por estelionatário, com uso de documentos falsos e emissão de cheque sem fundos. Nexos de causalidade verificados na instância de origem. Impossibilidade de reexame nesta corte. Súmula STJ/07. *Quantum* indenizatório fixado com razoabilidade e proporcionalidade. Revisão obstada neste tribunal superior. Agravo regimental improvido. I – Reconhecendo o Tribunal de origem o nexos de causalidade entre a conduta do Recorrente e o resultado lesivo sofrido pelo Recorrido, a exclusão da responsabilidade civil necessitaria de incursão no conjunto probatório processual, o que é vedado em sede de Recurso Especial, ante a Súmula STJ/07. II – Não se vislumbra *in casu*, abusividade na quantia final fixada pelo Acórdão de origem (R\$ 15.000,00) a título de indenização por danos morais, motivo pelo qual não enseja revisão desta Corte. Agravo Regimental improvido” (STJ, AgRg no Ag 1189673/SP, 3.^a T., j. 27.10.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 06.11.2009).
665. Sobre o tema, veja-se: MIRAGEM, Bruno. Responsabilidade objetiva dos bancos por danos aos consumidores causados por fraude ou crime de terceiros: risco do empreendimento, conexão da atividade do fornecedor e fortuito interno – Comentários ao REsp 1.197.929/PR. Revista de Direito do Consumidor, v. 81, p. 405-438. janeiro-março/2012.

Eventuais inconformidades do consumidor-correntista com os lançamentos realizados pelo banco podem ser esclarecidas por intermédio de ação de prestação de contas (Súmula 259 do STJ), a qual não se submete, contudo, ao prazo do artigo 26 do CDC, uma vez que não se caracteriza vício do produto ou do serviço (Súmula 477 do STJ), regulando-se o prazo da sua interposição pelo Código Civil.

2.5.3.4.4 Contratos de cartão de crédito

O contrato de cartão de crédito, embora, como sua própria denominação indica, tenha por objeto a disponibilidade de crédito ao consumidor para aquisição de produtos e serviços no mercado, merece exame apartado em face de certas peculiaridades, seja do modo de financiamento, ou mesmo no tocante ao conteúdo do contrato. Trata-se de meio de pagamento direto pelo consumidor, mediante o uso de cartão físico (cartão plástico), ou registro eletrônico, em que a administradora de cartão de crédito compromete-se ao pagamento da obrigação assumida pelo consumidor que utiliza o cartão perante seu credor, o qual de sua vez, tem vínculo contratual com a administradora, comprometendo-se a aceitar aquele meio de pagamento na realização dos seus negócios. Trata-se de um serviço de intermediação da contratação entre um consumidor e um integrante de rede de fornecedores, no qual, mediante apresentação do cartão e registro da operação pelo fornecedor, a administradora obriga-se a satisfazer a dívida contraída pelo usuário do cartão, contra quem emite fatura mensal com a cobrança dos valores da operação e respectiva remuneração pelo serviço, em geral exigida sob a forma de anuidade (contribuição anual, a qual pode ser normalmente parcelada, ou mesmo diminuída conforme a intensidade da utilização). Note-se que a administradora do cartão de crédito tem sua prestação de serviços remunerada pelos dois sujeitos da operação que intermedia. De parte do consumidor, será remunerada pela anuidade, que pode ser paga em parcelas, reduzida de modo proporcional à utilização, ou mesmo isenta. Já no caso da rede de estabelecimentos empresariais que aceitem o cartão como meio de pagamento, serão vinculados à administradora de cartão de crédito mediante contrato que prevê espécie de credenciamento, cujas obrigações incluem o dever de aceitação dos cartões como meio de pagamento por parte dos credenciados, e a obrigação da administradora de cartões de crédito de realizar o pagamento das operações registradas de uso do cartão pelo consumidor junto aos estabelecimentos credenciados. Remunera-se a administradora de cartão de crédito, neste caso, pelo desconto percentual do valor da operação registrada pelo operador, em contrapartida à disponibilização do serviço prestado pela administradora.

O cartão de crédito pode tanto ser emitido exclusivamente com esta finalidade de intermediar operações negociais com terceiros, quanto convergir, em um mesmo cartão plástico, a habilitação para realização de operações de crédito e débito (cartão múltiplo).⁶⁶⁶ O objeto do

666. Ainda há de se falar em cartões pré-pagos, no qual o portador tem a opção de entregar antecipadamente ao emissor o valor que será armazenado no cartão, para posterior utilização, cartões de loja (*private label*), com funções semelhantes ao cartão de crédito, porém, cuja utilização é restrita a determinados estabelecimentos comerciais normalmente indicados no cartão; cartões híbridos, que agregam a funcionalidade de cartão de crédito e cartões de loja, como meio de pagamento emitido em conjunto com determinado estabelecimento comercial; e o cartão corporativo, emitido em face de contrato com pessoa jurídica com funcionalidades variadas (crédito, débito ou múltiplo), em que a responsabilidade pelo pagamento será ajustada em contrato como encargo da pessoa jurídica contratante, ou da pessoa portadora do cartão. Em todos estes casos, contudo, serão considerados cartões de crédito conforme tenham a aptidão de realizar operações de crédito e financiamento do consumidor.

contrato de cartão de crédito comporta as seguintes prestações: a) intermediação de pagamento a vista pelo consumidor em relação a operação realizada em estabelecimento pertencente a uma rede credenciada; b) cobertura dos valores utilizados para aquisição de produtos ou serviços junto a estabelecimento pertencente à rede credenciada (operação de crédito); c) outorga de crédito ao consumidor relativamente aos pagamentos realizados aos estabelecimentos pertencentes à rede credenciada, mediante financiamento da dívida, nos termos ajustados entre a administradora de cartão de crédito e o consumidor; e d) outorga de crédito direto ao consumidor mediante direito de saque de dinheiro, com uso do cartão de crédito em terminais automáticos ou rede credenciada (crédito rotativo). Neste último caso, o consumidor pagará à administradora de cartão de crédito, juros contados do dia do saque até a data de vencimento da fatura em que esteja lançada a operação.

As administradoras de cartão de crédito operam de modo a utilizar de marcas identificadoras de redes credenciadas (Mastercard, Visa, American Express, p. ex.), podendo contar para a emissão dos cartões com a participação de outras instituições bancárias ou financeiras que oferecem o serviço a seus clientes de modo isolado, ou como utilidade a mais do contrato de conta-corrente e depósito ou de contrato específico havido com aquela instituição. Segundo precedente do STJ, as empresas que exploram a marca do cartão, são responsáveis solidariamente pelas falhas no serviço, mediante aplicação do artigo 14 do CDC.⁶⁶⁷ No caso do contrato de cartão de crédito o fornecedor será a administradora de cartões de crédito, qualificada como espécie de instituição financeira, que pode atuar coligada a uma instituição bancária, na emissão dos cartões para uso dos consumidores.

Normalmente, o contrato de cartão de crédito tem prazo de vigência determinado, caracterizado popularmente como período de “validade” do contrato, porém, a rigor, período em que o contrato produz seus efeitos, admitindo-se a utilização do cartão e a respectiva fruição do prazo de pagamento da dívida com a administradora de cartão de crédito. A administradora do cartão de crédito tem o dever de informar sobre o prazo e os juros a serem cobrados em face da outorga de crédito ao consumidor, o prazo de pagamento e os encargos de financiamento e de eventual inadimplência, bem como da anuidade cobrada pela prestação de serviços de crédito e outros custos eventualmente previstos para execução do contrato. Da mesma forma, é estabelecido, e deve ser informado ao consumidor, o limite de valor para as operações a serem realizadas pelo consumidor (limite do cartão). Trata-se de dever de informar exigível da administradora tanto na oferta quanto no curso da execução do contrato, hipótese em que esta pode ser constrangida a informar por intermédio da ação de prestação de contas.⁶⁶⁸

667. “Consumidor. Recurso Especial. Ação de compensação por danos morais. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Recusa indevida de pagamento com cartão de crédito. Responsabilidade solidária. Bandeira/marca do cartão de crédito. Legitimidade passiva. Reexame de fatos e provas. Incidência da Súmula 7/STJ. – Ausentes os vícios do artigo 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. – O artigo 14 do CDC estabelece regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, razão pela qual as ‘bandeiras’/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos e as administradoras de cartão de crédito pelos danos decorrentes da má prestação de serviços. – É inadmissível o reexame de fatos e provas em recurso especial. – A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1029454/RJ, 3.ª T., j. 01.10.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.10.2009).

668. “Processual civil. Agravo regimental no agravo de instrumento. Violação do artigo 535 do CPC. Não configuração. Ação de prestação de contas – administradora de cartão de crédito. Encargos cobrados.

O consumidor do contrato de cartão de crédito terá direito a utilizar o cartão como meio de pagamento em qualquer estabelecimento credenciado pela operadora e pela administradora do cartão de crédito, devendo pagar valor idêntico ao da operação realizada no termo de vencimento da fatura mensal, ou providenciar seu refinanciamento, mediante pagamento de valor menor do que o total da fatura. Neste caso, sobre o valor restante, não pago pelo consumidor, será objeto de financiamento pela administradora de cartão de crédito, que por ele será remunerada por juros. Note-se que, de acordo com a jurisprudência do STJ, não é abusiva a cláusula do contrato que impõe bloqueio temporário do seu uso na hipótese de inadimplemento do consumidor.⁶⁶⁹ Este pagamento de juros não é devido, todavia, quando o parcelamento se dá diretamente entre o consumidor e o estabelecimento credenciado, hipótese em que o lançamento dos débitos do consumidor para cobrança pela administradora de cartão de crédito será feita de modo periódico, conforme ajustado entre o titular do cartão e o estabelecimento comercial.

A celebração do contrato de cartão de crédito pressupõe o consentimento do consumidor. Neste sentido, é considerada prática abusiva o envio não solicitado de cartão de crédito via correio, diretamente à residência do consumidor. O registro de eventual débito decorrente deste cartão enviado sem solicitação, bem como conseqüente cobrança de valores, será indevido, gerando direito à indenização do consumidor.⁶⁷⁰ Da mesma forma, é abusiva, pois caracterizadora de venda casada, a inclusão de valor de prêmio relativo a seguro para perda ou roubo do cartão de crédito, o qual só pode ser exigido na hipótese de concordância prévia e expressa do consumidor. Eventual cobrança indevida de valores enseja devolução, nos termos do artigo 42 do CDC. Registre-se, da mesma forma, que a administradora de cartões responde pela ins-

Possibilidade. 1. Quando o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não há ofensa ao artigo 535 do CPC. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater um a um os argumentos trazidos pela parte. 2. O titular de cartão de crédito, independentemente do recebimento das faturas mensais, pode acionar judicialmente a administradora de cartão de crédito a fim de receber a prestação de contas dos encargos que lhe são cobrados. 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag 1016178/RS, 4.ª T., j. 18.09.2008, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 13.10.2008). Indicando a legitimidade passiva da administradora: "Recurso especial. Cartão de crédito. Prestação de contas. Legitimidade. Administradora. 1. O banco que oferece cartão de crédito aos seus clientes não tem legitimidade passiva em ação de prestação de contas movida por usuário de cartão de crédito. 2. A legitimidade, em tais casos, é exclusiva da administradora, mandatária do titular do cartão" (STJ, REsp 976.447/RS, 3.ª T., j. 17.03.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe 13.05.2008).

669. "Direito civil e do consumidor. Ação de indenização. Danos morais. Cláusula que permite o bloqueio temporário de cartão de crédito por falta de pagamento. Abusividade e potestatividade. Inexistência. Observação, pela administradora, do tempo razoável para desbloqueio após a quitação do débito. 1. É válida a cláusula contratual que permite o bloqueio temporário do cartão de crédito após a verificação de descumprimento contratual pelo consumidor, pois não o coloca em situação de sujeição ao puro arbítrio da administradora (artigo 122 do CC), porquanto o bloqueio decorre do fato de o consumidor não cumprir com suas obrigações contratuais, sendo que, "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro" (artigo 476 do CC/2002). 2. A liberação do uso do cartão no terceiro dia útil após o pagamento do débito, observa prazo razoável para compensação bancária do pagamento e repasse à Recorrente e dentro da previsão contratual, que é de 5 dias no caso (cláusula 16.4), de modo que não configura abusividade por parte da administradora. Recurso Especial conhecido e provido, julgado improcedente a ação" (STJ, REsp 770.053/MA, 3.ª T., j. 03.11.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 13.11.2009).

670. TJRS, ApCiv 70046859963, 9.ª Câm. Civ., j. 03.02.2012, rel. Marilene Bonzanini Bernardi.

crição do consumidor em cadastro de restrição ao crédito em face de débito não pago, que tenha sido efetuado mediante fraude praticada por terceiro.⁶⁷¹

No que se refere ao controle de conteúdo dos contratos de cartão de crédito, especialmente dos juros cobrados pelo financiamento, polêmica houve no tocante à natureza jurídica das administradoras de cartão de crédito para fins de submissão ou não a limites de juros legais, ou ao regime do Banco Central. Originalmente, o próprio Banco Central não considera as administradoras como instituições financeiras, o que deu ensejo à hipótese de aplicação da Lei de Usura na limitação dos juros cobrados, em especial em face da Circular 2.044/91, que vedava às administradoras de cartão de crédito conceder financiamento direto aos usuários em relação à parcela não amortizada da fatura. Em 1992, esta vedação foi abrandada até ser finalmente revogada pela Resolução n. 2.551/98, do Conselho Monetário Nacional. Ocorre que, conforme pacificado pelo STJ com a Súmula n. 283, “as empresas administradoras de cartão de crédito são instituições financeiras e, por isso, os juros remuneratórios por elas cobrados não sofrem as limitações da Lei de Usura.” Fundamenta o entendimento da Corte o disposto no artigo 17 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e artigo 1.º da Lei Complementar 105/2001.⁶⁷² Estando a emissão e administração desses cartões realizada por instituições financeiras, a atividade está sujeita à ação regulatória e fiscalizadora do Banco Central. E submetem-se aos mesmos limites relativamente ao conteúdo do contrato que se reconhecem aos contratos bancários em proteção do consumidor (vedação ao abuso).

A preocupação pelo endividamento de consumidores em razão do uso desmedido e as altas taxas de juros no financiamento das administradoras de cartão de crédito, levou a que, nos Estados Unidos, em 2009, fosse aprovada e promulgada lei específica visando à promoção do crédito responsável.⁶⁷³ O *Credit Card Accountability Responsibility and Disclosure Act (Credit Card Act)*. Dentre os principais aspectos estabelecidos na nova lei dos consumidores de cartão de crédito está a proteção em relação à fixação arbitrária de taxas de juros e da taxa de serviços (anuidade) pelo fornecedor do crédito, inclusive com dever de informar específico, com antecedência de 45 dias sobre eventual aumento dos juros contratados; bem como a repercussão em juros sobre o montante da dívida, na hipótese de pagamento mínimo da fatura; a “premiação” de consumidores pontuais por no mínimo seis meses consecutivos com redução de juros (em vista da redução do risco) (Sections 101-111 e 201-203). Da mesma forma, restringiu o ofere-

671. “Civil. Ação de indenização. Inscrição no SERASA, oriunda de débito de cartão de crédito obtido por terceiro mediante fraude. Responsabilidade da administradora. Dano moral. Prova do prejuízo. Desnecessidade. Valor do ressarcimento. Redução. I. A inscrição indevida do nome do autor em cadastro de inadimplentes, a par de dispensar a prova objetiva do dano moral, que se presume, é geradora de responsabilidade civil para a instituição financeira, desinfluyente a circunstância de que o fornecimento do cartão de crédito ocorreu mediante fraude praticada por terceiro. II. Indenização que se reduz, todavia, para adequar-se à realidade da lesão, evitando enriquecimento sem causa. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp 924.079/CE, 4.º T., j. 18.12.2007, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 10.03.2008).

672. “Cartão de crédito. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que as administradoras de cartões de crédito são instituições financeiras em razão do disposto no artigo 17 da Lei n. 4.595, de 1964, e no artigo 1.º da Lei Complementar n. 105, de 2001. (STJ – Súmula n. 283). Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg nos EREsp 773.792/RS, 2.ª Seção, j. 14.03.2007, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 16.04.2007).

673. Veja-se, sobre o tema, o estudo de: LIMA, Clarissa Costa de. O cartão de crédito e o risco de superendividamento: uma análise da recente regulamentação da indústria de cartão de crédito no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 81, p. 239-259. São Paulo: RT, jan.-mar./2012.

cimento de cartões de crédito a jovens, estabelecendo a obrigação dos menores de 21 anos, para possuir um cartão, terem como cocontratante outra pessoa capaz, e estabelecendo um controle mais rigoroso do *marketing* para estudantes universitários (Sections 301-303).

Refira-se ainda, em termos de dever de informação e prevenção ao endividamento de consumidores, que a legislação norte-americana previu a obrigatoriedade de indicação, na fatura enviada ao consumidor de advertência em relação ao pagamento mínimo, número meses do pagamento, custo total com os juros, previsão de um canal de comunicação direto com o consumidor, dentre outras obrigações.

No direito brasileiro, a Resolução 3.919/2010 do Conselho Monetário Nacional distinguiu as espécies de cartão de crédito (básico e diferenciado) e dentre eles a abrangência de sua utilização (nacional ou internacional), permitindo igualmente a diferenciação de tarifas, e permitindo a associação dos serviços a benefícios e recompensas ofertados ao consumidor (assim, por exemplo, programas de milhagens aéreas). Da mesma forma, o artigo 13, da Resolução 3.919/2010 previu – inspirado pela legislação norte-americana, deveres mínimos de informação ao consumidor, que deverão constar na fatura ou demonstrativo mensal, a saber: “I – limite de crédito total e limites individuais para cada tipo de operação de crédito passível de contratação; II – gastos realizados com o cartão, por evento, inclusive quando parcelados; III – identificação das operações de crédito contratadas e respectivos valores; IV – valores relativos aos encargos cobrados, informados de forma segregada de acordo com os tipos de operações realizadas por meio do cartão; V – valor dos encargos a ser cobrado no mês seguinte no caso de o cliente optar pelo pagamento mínimo da fatura; e VI – Custo Efetivo Total (CET), para o próximo período, das operações de crédito passíveis de contratação”.

No Brasil, o controle do *marketing* e do conteúdo dos contratos de cartão de crédito é objeto de regulamentação pelo CDC. A proteção do equilíbrio contratual, bem como a repressão do fornecedor pelo excesso na publicidade são instrumentos importantes na promoção de uma cultura de crédito responsável e prevenção do superendividamento.

2.5.4 *Contratos de planos de assistência e seguro de saúde*

Outro contrato de consumo de grande importância social e econômica são os contratos de plano de saúde. Trata-se de contratos que apresentam características peculiares, na medida em que: a) revestem-se de grande importância social, dado o caráter vital da prestação principal do fornecedor; b) seu interesse útil revela-se na promoção e preservação da vida e da saúde do consumidor, vinculando-se por isso com a própria proteção da pessoa humana; c) durante a execução do contrato, em muitas situações percebe-se a vulnerabilidade agravada do consumidor, em vista de enfermidade e a necessidade da obtenção de meios para seu tratamento. Da mesma forma, o objeto dos serviços prestados pelo fornecedor vincula-se com o direito fundamental à saúde e à vida, os quais merecem, na comparação com direitos fundamentais normalmente em conflito nos contratos, tratamento preferencial. Já no caso dos serviços públicos de saúde, não se caracterizam como relações de consumo e, portanto, não se há de falar de aplicação do CDC. Aplica-se o CDC à prestação de serviços remunerados visando à proteção e promoção da saúde.⁶⁷⁴ Assim, aliás, reconhece a firme jurisprudência do STJ, inclusive por intermédio da Súmula 469: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de

674. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O consumidor e os planos de saúde. *Revista Forense*, v. 328, p. 312-316. Rio de Janeiro: Forense, out.-dez./1994.

plano de saúde”.⁶⁷⁵ É contrato. E aplica-se a tais contratos, ao mesmo tempo, a Lei 9.656/98, que em seu artigo 1.º, inciso I, define seu âmbito de incidência mediante determinação do conceito de plano privado de assistência à saúde como sendo “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor”.

A causa do contrato em questão diz respeito à oferta de segurança ao usuário dos serviços e a seus dependentes acerca de riscos relacionados com a saúde e a manutenção da vida. Neste sentido, constitui elemento comum de contratos de planos e seguros-saúde o fato de ambas as modalidades envolverem serviços (de prestação médica ou de seguro) de trato sucessivo, ou seja, contratos de fazer de longa duração e que possuem uma grande importância social e individual. Embora com a mesma causa, todavia, o modo de realização da finalidade do contrato pode variar. Quando se constitui como empreendimento econômico específico,⁶⁷⁶ submetido à devida autorização pela ANS, organiza-se sob a forma de plano de saúde, o qual se distingue pela organização de rede credenciada de profissionais médicos, hospitais e outros prestadores de serviços, bem como à remuneração da operadora de plano de saúde, que organiza a cadeia de fornecedores, mediante pagamento de mensalidade pelo usuário. Por outro lado, os seguros de saúde caracterizavam-se, originalmente, por oferecer contrato de seguro, cuja estrutura contemplava exclusivamente o reembolso das despesas realizadas pelo usuário, mais os custos e a remuneração pelo serviço. Atualmente admite-se que possa operar com rede referenciada de prestadores de serviço, sendo-lhe vedado, todavia, a manutenção de rede própria de profissionais e prestadores de serviço de saúde. Daí porque conclui a doutrina que o seguro-saúde qualifica-se como plano privado de assistência à saúde no regime da Lei 9.656/98.⁶⁷⁷

O regime de proteção do consumidor em relação aos contratos de planos de saúde é dado pela aplicação convergente do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 9.656/98. Neste sentido, estabelece o artigo 35-G, desta última: “aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei as disposições da Lei n. 8.078, de 1990”. Esta redação, como bem aponta a doutrina especializada, não parece ser dogmaticamente correta. Não há se falar de aplicação *subsidiária*, senão *complementar* entre as duas leis. Em outros termos: O CDC não deve ser aplicado apenas quando a Lei 9.656/98 não disponha sobre o tema em específico, senão que devem ambas as leis guardar coerência lógica, orientada pela finalidade de proteção do consumidor dos planos de assistência à saúde.⁶⁷⁸

675. STJ, Súmula 469, 2.ª Seção, j. 24.11.2010, DJe 06.12.2010.

676. Lembre-se que são quatro os modelos organizacionais do setor de saúde suplementar, conforme refere Maria Stella Gregori: *medicinas de grupo, seguradoras, cooperativas e autogestão*. GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 160.

677. GREGORI, Planos de saúde..., p. 164.

678. SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. *Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor*. In: MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2. A nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 138-147.

A vigência da Lei 9.656/98, e especialmente o procedimento que prevê sobre a adaptação dos contratos anteriores em vista da garantia de irretroatividade da lei, terminou por estabelecer quatro regimes de proteção de contratos de planos de assistência à saúde: a) os celebrados sob a vigência da Lei 9.656/98, submetidos integralmente às suas disposições e ao Código de Defesa do Consumidor; b) os anteriores à sua vigência, porém adaptados, mediante novo ajuste entre o consumidor e o fornecedor, nos limites definidos nos artigos 35 e 35-E da lei; c) os anteriores à vigência da Lei 9.656/98, aos quais não se aplicam suas disposições, mas que, porém, se submetem, se posteriores à vigência do CDC, às disposições legais de proteção do consumidor aplicáveis aos contratos;⁶⁷⁹ d) por fim, os contratos anteriores à vigência do CDC, sobre os quais se aplica a legislação geral sobre serviços do Código Civil e outras leis de direito privado. Isto se deve ao fato de a jurisprudência brasileira não reconhecer, com fundamento na garantia fundamental de irretroatividade da lei, a possibilidade de aplicação de lei nova – ainda que protetiva de direitos fundamentais – a contratos em curso ou a seus efeitos.⁶⁸⁰ No caso da Lei 9.656/98, especialmente em face da garantia de irretroatividade da lei, decidiu o STF, por intermédio de medida cautelar na ADIn 1931/DF, suspender as disposições da lei que remetiam sua aplicação a contratos já existentes anteriores a sua vigência.⁶⁸¹

679. STJ, AgRg no REsp 1.260.121/SP, 3.ª T., j. 27.11.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 06.12.2012.

680. Para entendimento divergente no direito comparado, veja-se: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed., p. 562.

681. "Ação direta de inconstitucionalidade. Lei ordinária 9.656/98. Planos de seguros privados de assistência à saúde. Medida provisória 1.730/98. Preliminar. Ilegitimidade ativa. Inexistência. Ação conhecida. Inconstitucionalidades formais e observância do devido processo legal. Ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1.908-18/99 [vide Medida Provisória 2.177-44/2001]. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, *caput* e §§ 1.º e 2.º, da Medida Provisória 1.730-7/98 [vide Medida Provisória 2.177-44/2001]. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, *caput*, incisos I a IV, parágrafos 1.º, incisos I a V, e 2.º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1.908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5.º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1.908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2.º do artigo 10 da Lei 9.656/98, com a redação dada pela Medida Provisória 1.908-18/99, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2.177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3.º da Medida Provisória 1.908-18/99" (STF, ADI 1931 MC, j. 21.08.2003; rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 28.05.2004).

2.5.4.1 Plano de assistência à saúde e regulação da ANS

É de registrar-se, igualmente, que o modelo de regulamentação dos contratos de planos de assistência à saúde no Brasil termina por confiar larga margem das normas do setor à atividade regulatória de agência estatal especialmente criada para a finalidade de regular a atividade privada de assistência à saúde. Como ensina Maria Stella Gregori, o modelo de regulação do setor, em uma primeira fase, ocupou-se de duas instâncias: “uma com foco nas operadoras, sob o aspecto econômico-financeiro, e outra com foco no produto oferecido, sob o aspecto da assistência”.⁶⁸² A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS –, criada pela Lei 9.961/2000, tem suas competências relacionadas à regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Neste sentido, é competente para intervir no mercado e nos respectivos contratos de planos de assistência à saúde, especialmente para assegurar o equilíbrio de interesses e prestações de consumidores e operadoras, bem como da capacidade dos fornecedores executarem suas obrigações frente ao consumidor (capacidade técnica, operacional e financeira). Daí ser a Agência quem pode autorizar eventual revisão técnica do plano, em vista de um desequilíbrio excepcional das obrigações que custeia e respectivos recursos.⁶⁸³ Todavia, examinando a experiência regulatória na última década, percebem-se nitidamente dois fenômenos: a) houve um excesso de confiança do legislador na competência regulatória das agências, frustrada por uma ação pouco convincente do órgão na proteção do interesse dos consumidores; e b) o superdimensionamento da competência normativa secundária (regulamentar) da agência, tem dado causa à edição de regulamentos de frágil conformidade com as disposições e/ou o fundamento teleológico da Lei 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor.

2.5.4.2 O interesse útil do consumidor e a natureza dos contratos de planos de assistência à saúde

A essencialidade dos contratos de consumo e a respectiva dependência dos consumidores em relação à correta execução do seu objeto contratual distingue dentre diversos contratos de consumo, em que presente a vulnerabilidade do consumidor, alguns em que esta relação de subordinação é ainda mais intensa, quando o produto ou serviço a ser fornecido atenda a necessidades essenciais, ou cuja falta ou inexecução do contrato pelo fornecedor, provoque danos graves e/ou irreversíveis ao consumidor. Ou seja, pela natureza de seu objeto, que responde a necessidades vitais de preservação e promoção da vida e da saúde dos consumidores, assumem relevância social e jurídica diretamente afeta ao direito fundamental à saúde, consagrado na Constituição Federal.⁶⁸⁴ A rigor, como expressa acertadamente, também a jurisprudência,

682. GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde. *A ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 47.

683. SCHMITT, Cristiano Heineck. Reajustes em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES/SCHMITT/LOPES/PFEIFFER. *Saúde e responsabilidade 2...*, p. 278-279.

684. TESSLER, Marga. O direito à saúde: a saúde como direito e como dever fundamental na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, *Revista do Tribunal Regional Federal da 4.ª Região*. n. 40, 2001, p. 75-108. SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; ROCHA, Júlio César de Sá. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Ltr, 1999, p. 43. BALERA, Wagner. O direito constitucional a saúde. *Revista de Previdência Social* – v. 16 n. 134,

“revela-se abusivo o preceito do contrato de plano de saúde excludente do custeio dos meios e materiais necessários ao melhor desempenho do tratamento clínico ou do procedimento cirúrgico coberto ou de internação hospitalar”.⁶⁸⁵ Isso fundamenta tanto a intervenção do Estado no condicionamento da liberdade contratual das partes,⁶⁸⁶ quanto indica a orientação e o sentido desta intervenção.⁶⁸⁷

Trata-se de contratos de consumo que se fundam na mutualidade, mediante a contribuição comum dos consumidores em vista da fruição de serviços de saúde oferecidos, seja pela própria operadora do plano de saúde, seja – como é mais comum – por terceiros prestadores de serviço que para tanto são vinculados contratualmente à operadora. Caracteriza-os o fato de serem contratos de execução continuada, e nisso se concentra o interesse dos consumidores, em vista da incerteza quanto ao momento em que vão precisar fruir dos serviços de saúde oferecidos, em vista da necessidade do surgimento de enfermidades ou da própria necessidade de submeter-se a um dado tratamento médico, ou ainda de exames clínicos ou laboratoriais. Da mesma forma, a operadora do plano de saúde aparece como organizadora da cadeia de contratos que permite a realização da prestação de serviço ao consumidor e nesta condição se apresenta diante do consumidor.

O regime instituído pela Lei 9.656/98, visivelmente, teve por finalidade estabelecer um limite mínimo de serviços a serem prestados aos consumidores de planos de assistência à saúde, visando à proteção do equilíbrio contratual e à satisfação do interesse útil do consumidor nesta espécie de contratação. Note-se que o objeto deste contrato é complexo, dado a multiplicidade de tratamentos e prestações acessórias a serem realizadas pela operadora do plano de saúde para atingir a finalidade legitimamente esperada pelas partes. Por outro lado, o alto custo dos serviços de saúde, associado à permanente inovação e aperfeiçoamento de técnicas e procedimentos de tratamento, estabelecem exigências financeiras crescentes. Daí a solução adotada pelo legislador, na previsão de um plano de referência (artigo 10),⁶⁸⁸ que contemple as exigências mínimas

jan./1992, p. 17-21; SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito a saúde na constituição de 1988. *Interesse Público*, v. 3, n. 12, out.-dez./2001, p. 91-107.

685. STJ, AgRg no AREsp 192.612/RS, 4.ª T., j. 20.03.2014, rel. Min. Marco Buzzi, *DJe* 31.03.2014.
686. SCHMITT, Cristiano Heineck. Visões sobre os planos de saúde e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima et alli. *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 81.
687. Inclusive com a interpretação das cláusulas do contrato de adesão celebrado com a operadora do plano de saúde, de forma mais favorável ao consumidor, mediante incidência do art. 47 do CDC: STJ, REsp 1.249.701/SC, 3.ª T., j. 04.12.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 10.12.2012.
688. Assim o artigo 10, da Lei 9.656/98: “Artigo 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no artigo 12 desta Lei, exceto: I – tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II – procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III – inseminação artificial; IV – tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V – fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI – fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII – fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; VIII – Revogado; IX – tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou

estabelecidas em lei (artigo 12),⁶⁸⁹ visando evitar a exclusão de parte da prestação devida que viesse a comprometer a própria finalidade do contrato e o interesse útil do consumidor. Com o mesmo objetivo, a lei proíbe conduta que, independente de previsão expressa, já seria por si só incompatível com a boa-fé, de exclusão de doenças preexistentes, cabendo à operadora do

não reconhecidos pelas autoridades competentes; X – casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.”

689. Nestes termos o artigo 12 da Lei 9.656/98: “Artigo 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o artigo 10, segundo as seguintes exigências mínimas: I – quando incluir atendimento ambulatorial: a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; II – quando incluir internação hospitalar: a) cobertura de internações hospitalares, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos; b) cobertura de internações hospitalares em centro de terapia intensiva, ou similar, vedada a limitação de prazo, valor máximo e quantidade, a critério do médico assistente; c) cobertura de despesas referentes a honorários médicos, serviços gerais de enfermagem e alimentação; d) cobertura de exames complementares indispensáveis para o controle da evolução da doença e elucidação diagnóstica, fornecimento de medicamentos, anestésicos, gases medicinais, transfusões e sessões de quimioterapia e radioterapia, conforme prescrição do médico assistente, realizados ou ministrados durante o período de internação hospitalar; e) cobertura de toda e qualquer taxa, incluindo materiais utilizados, assim como da remoção do paciente, comprovadamente necessária, para outro estabelecimento hospitalar, dentro dos limites de abrangência geográfica previstos no contrato, em território brasileiro; e f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos; III – quando incluir atendimento obstétrico: a) cobertura assistencial ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, ou de seu dependente, durante os primeiros trinta dias após o parto; b) inscrição assegurada ao recém-nascido, filho natural ou adotivo do consumidor, como dependente, isento do cumprimento dos períodos de carência, desde que a inscrição ocorra no prazo máximo de trinta dias do nascimento ou da adoção; IV – quando incluir atendimento odontológico: a) cobertura de consultas e exames auxiliares ou complementares, solicitados pelo odontólogo assistente; b) cobertura de procedimentos preventivos, de dentística e endodontia; c) cobertura de cirurgias orais menores, assim consideradas as realizadas em ambiente ambulatorial e sem anestesia geral; V – quando fixar períodos de carência: a) prazo máximo de trezentos dias para partos a termo; b) prazo máximo de cento e oitenta dias para os demais casos; c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; VI – reembolso, em todos os tipos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo produto, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega da documentação adequada; VII – inscrição de filho adotivo, menor de doze anos de idade, aproveitando os períodos de carência já cumpridos pelo consumidor adotante. § 1.º Após cento e vinte dias da vigência desta Lei, fica proibido o oferecimento de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei fora das segmentações de que trata este artigo, observadas suas respectivas condições de abrangência e contratação. § 2.º A partir de 3 de dezembro de 1999, da documentação relativa à contratação de produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei, nas segmentações de que trata este artigo, deverá constar declaração em separado do consumidor, de que tem conhecimento da existência e disponibilidade do plano-referência, e de que este lhe foi oferecido.”

plano de saúde o ônus da prova sobre a má-fé do beneficiário (artigo 11), especialmente quando não perguntado expressamente ao consumidor por ocasião da contratação.⁶⁹⁰ No caso de cobertura a doenças preexistentes, a jurisprudência vem reconhecendo como risco da atividade negocial das operadoras.⁶⁹¹ Com o mesmo fundamento, note-se que as cláusulas restritivas ou excludentes de cobertura devem ser interpretadas restritivamente, em favor do consumidor.⁶⁹²

690. "Direito Civil e do Consumidor. Recurso Especial. Seguro saúde. Cobertura. Recusa. Má-fé do segurado ao informar doenças preexistentes. Prévia solicitação de exames médicos. Dever da seguradora. Obesidade mórbida já existente na data da contratação. Vício da manifestação de vontade. Ausência. 1. Provado nos autos que, no ato de assinatura do contrato, o recorrente já era portador de obesidade mórbida, os respectivos riscos certamente foram levados em consideração e aceitos pela seguradora ao admiti-lo como segurado, não se podendo falar em vício na manifestação de vontade. Ademais, diante do quadro de obesidade mórbida, era razoável supor que o segurado apresentasse problemas de saúde decorrentes – inclusive diabetes, hipertensão e cardiopatia – de sorte que, em respeito ao princípio da boa-fé, a seguradora não poderia ter adotado uma postura passiva, de simplesmente aceitar as negativas do segurado quanto à existência de problemas de saúde, depois se valendo disso para negar-lhe cobertura. 2. Antes de concluir o contrato de seguro saúde, pode a seguradora exigir do segurado a realização de exames médicos para constatação de sua efetiva disposição física e psíquica, mas, não o fazendo e ocorrendo sinistro, não se eximirá do dever de indenizar, salvo se comprovar a má-fé do segurado ao informar seu estado de saúde. Precedentes. 3. A má-fé do segurado somente implicará isenção de cobertura caso tenha tido o condão de ocultar ou dissimular o próprio risco segurado, isto é, a omissão do segurado deve ter sido causa determinante para a seguradora assumir o risco da cobertura que se pretende afastar. 4. Somente se pode falar em vício da livre manifestação de vontade caso o comportamento do segurado tenha efetivamente influenciado a análise do risco, afetando de forma decisiva o desígnio da seguradora. 5. O princípio da boa-fé contratual, contido nos artigos 422 do CC/2002 e 4.º, III, do CDC, inclui o dever de não se beneficiar da má-fé da parte contrária. Ter-se-á caracterizada, nessa situação, o dolo recíproco ou bilateral, previsto no artigo 150 do CC/2002, consistente em tirar proveito da leviandade da outra parte para obter vantagem indevida no negócio. 6. Recurso especial provido" (STJ, 3.ª T., j. 03.05.2011, REsp 1.230.233/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 11.05.2011).

691. "Agravamento regimental. Agravamento de instrumento. Recurso especial. Seguro. Indenização. Cabimento. Doença preexistente. Ausência de exames. Omissão do segurado. Inexistência. Reexame de prova. Inadmissibilidade. I – Consoante entendimento desta Corte, a seguradora que não exigiu exames médicos previamente à contratação não pode eximir-se do pagamento da indenização, sob a alegação de que houve omissão de informações pelo segurado. II – É inviável em sede de recurso especial o reexame do acervo fático-probatório dos autos. Agravamento improvido" (AgRg no Ag 1062383/RS, 3.ª T., j. 02.10.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 15.10.2008). No mesmo sentido: "Seguro-saúde. Pagamento de indenização. Doença preexistente. Prova pela seguradora. Seguro em grupo. Precedentes da Corte. 1. A orientação da Corte está firmada no sentido de que a seguradora deve provar a má-fé do segurado, sendo certo que quando não realizado o prévio exame, não pode escusar-se do pagamento ao argumento de que haveria doença preexistente. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 651713/PR, 3.ª T., j. 12.04.2005, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 23.05.2005); E: "Seguro de vida. Doença preexistente. Exames prévios. Ausência. Inoponibilidade. Conforme entendimento pacificado desta Corte, a seguradora, ao receber o pagamento do prêmio e concretizar o seguro, sem exigir exames prévios, responde pelo risco assumido, não podendo esquivar-se do pagamento da indenização, sob a alegação de doença preexistente, salvo se comprove a deliberada má-fé do segurado. Recurso provido" (STJ, REsp 777974/MG, 3.ª T., j. 09.05.2006, rel. Min. Castro Filho, DJ 12.03.2007).

692. "Processo civil. Agravamento regimental. Responsabilidade civil. Plano de saúde. Recusa injustificada de cobertura de tratamento médico. Descumprimento de norma contratual a gerar dano moral indenizável. Ausência de comprovação acerca da não aprovação do medicamento pela Anvisa. Agravamento regimental não provido. 1. A recusa injustificada de Plano de Saúde para cobertura de procedimentos

O artigo 16, da Lei 9.656/98, estabelece o conteúdo mínimo do contrato, que deve ser informado e esclarecido ao consumidor. Estabelece a norma em questão: “Artigo 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que trata o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza: I – as condições de admissão; II – o início da vigência; III – os períodos de carência para consultas, internações, procedimentos e exames; IV – as faixas etárias e os percentuais a que alude o *caput* do artigo 15; V – as condições de perda da qualidade de beneficiário; VI – os eventos cobertos e excluídos; VII – o regime, ou tipo de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; ou c) coletivo por adesão; VIII – a franquia, os limites financeiros ou o percentual de coparticipação do consumidor ou beneficiário, contratualmente previstos nas despesas com assistência médica, hospitalar e odontológica; IX – os bônus, os descontos ou os agravamentos da contraprestação pecuniária; X – a área geográfica de abrangência; XI – os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias; XII – número de registro na ANS. Parágrafo único. A todo consumidor titular de plano individual ou familiar será obrigatoriamente entregue, quando de sua inscrição, cópia do contrato, do regulamento ou das condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º, além de material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, todas as suas características, direitos e obrigações.” Trata-se de dever de informar qualificado do fornecedor de planos de assistência à saúde, com a finalidade de promover o esclarecimento do consumidor quanto a aspectos substanciais das cláusulas necessárias do contrato.

A proteção do interesse útil do consumidor também deve ser tutelada na hipótese em que ocorra o descredenciamento do profissional, hospital ou clínica da rede mantida pela operadora do plano de saúde na constância do tratamento realizado pelo consumidor. Especialmente quando pela gravidade da enfermidade, ou ainda o estado de vulnerabilidade agravada do consumidor, permitam aferir um risco de descontinuidade ou de comprometimento da eficácia terapêutica pretendida. Observe-se que embora possível o descredenciamento de um dado prestador de serviços pela operadora do plano de saúde, em razão da natureza do contrato e dos bens jurídicos que envolve (vida/saúde), exige que outro de mesma qualidade seja tornado disponível, conforme dispõe o artigo 17, da Lei 9.656/98: “Artigo 17. A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que trata o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei, de qualquer entidade hospitalar, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos. § 1.º É facultada a substituição de entidade hospitalar, a que se refere o *caput* deste artigo, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores e à ANS com trinta dias de antecedência, ressalvados desse prazo mínimo os casos decorrentes de rescisão por fraude ou infração das normas sanitárias e fiscais em vigor. § 2.º Na hipótese de a substituição do estabelecimento hospitalar a que se refere o § 1.º ocorrer por vontade da operadora durante período de internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a manter a internação e a operadora, a pagar as despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato (...).” O texto vigente difere daquele do época de promulgação da lei, tendo sido alterado pela Medida Provisória 2177-44/2001.⁶⁹³

to médico a associado, configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capazes de gerar dano moral indenizável. Precedentes. 2. As cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas da forma mais benéfica a este, não sendo razoável a seguradora se recusar a prestar a cobertura solicitada. 3. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp 1.253.696/SP, 4.ª T., j. 18.08.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 24.08.2011).

693. Em sua redação original, previa o *caput* do artigo 17 que: “Artigo 17. A inclusão como contratados ou credenciados dos planos privados de assistência à saúde, de qualquer hospital, casa de saúde,

Em razão da alteração legislativa que introduziu a noção genérica de entidade hospitalar, teria havido redução, pelo texto legal, da noção abrangente relativa às várias espécies de prestadores de serviços de saúde que compõe a oferta das operadoras dos planos de saúde aos consumidores, apenas às entidades hospitalares, com clara finalidade de restringir a obrigação de manutenção do rol de prestadores de serviços, liberando o fornecedor quanto a alterações relativas a outros prestadores como profissionais médicos, laboratórios de análises clínicas, dentre outros. Conforme observa Aurisvaldo Sampaio, a resposta neste particular, é negativa, considerando que os deveres decorrentes do artigo 17 são preexistentes à própria Lei 9.656/98, e neste sentido mantêm-se mesmo em face de sua alteração.⁶⁹⁴

Os profissionais e prestadores de serviços credenciados pela operadora do plano de saúde são elementos da oferta de consumo e constituem informação decisiva para o exercício da escolha do consumidor, que deverá considerar a qualidade e abrangência de sua rede de profissionais e prestadores de serviços credenciados, tanto no tocante ao reconhecimento de sua qualificação técnica, quanto do prestígio que ostentam no mercado. Daí o fundamento para que a legislação imponha restrições quanto à alteração do rol de prestadores de serviços credenciados, o que se poderia rejeitar tanto sob a perspectiva da alteração unilateral do contrato, em desacordo com a natureza comutativa do contrato de ajuste entre as partes, como a partir da eficácia vinculativa da oferta, assegurada pelo regime da oferta no Código de Defesa do Consumidor (artigos 30 e 35).

Neste sentido, existiria fundamento bastante no CDC, inclusive para impedir qualquer alteração na rede de prestadores de serviço credenciados pela operadora do plano de saúde que se apresentasse ao tempo da celebração do contrato com o consumidor. Ocorre que a multiplicidade de prestadores de serviços e dos respectivos contratos faria com que a vedação absoluta de qualquer alteração da rede credenciada se revele disfuncional, seja porque a operadora do plano de saúde não tem como assegurar a uniformidade e estabilidade do interesse de seus prestadores de serviços credenciados, seja por que sendo um contrato cuja execução se projeta no tempo, a manutenção da rede de serviços contratados submete-se a eventuais alterações de circunstâncias que possam se dar ao longo da contratação. Contudo, resulta da interpretação das normas do CDC e da própria natureza do contrato e suas características, que esta alteração

clínica, laboratório ou entidade correlata ou assemelhada de assistência à saúde implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos". E nesta linha, seus parágrafos dispunham: "§ 1.º É facultada a substituição do contratado ou credenciado a que se refere o *caput*, desde que por outro equivalente e mediante comunicação aos consumidores com trinta dias de antecedência; § 2.º Na hipótese de a substituição a que se refere o parágrafo anterior ocorrer durante internação do consumidor, o estabelecimento obriga-se a mantê-lo internado e a operadora obriga-se ao pagamento das despesas até a alta hospitalar, a critério médico, na forma do contrato." Ocorre que esta redação veio a ser alterada pela Medida Provisória 2177-44/2001, que suprimiu a enunciação exemplificativa constante do *caput* de "hospital, casa de saúde, clínica, laboratório ou entidade correlata ou assemelhada de assistência à saúde", para indicar em sua redação vigente que "A inclusão como contratados, referenciados ou credenciados dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei, de qualquer entidade hospitalar, implica compromisso para com os consumidores quanto à sua manutenção ao longo da vigência dos contratos". Neste sentido, veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. Eficácia da oferta e a proteção das expectativas legítimas do consumidor nos contratos relacionais de plano de saúde: manter o credenciamento de serviços médicos durante o tratamento realizado pelo consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 78, p. 365 et seq. São Paulo: RT, abril/2011.

694. SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: RT, 2010. p. 320.

da rede de prestadores de serviços, uma vez que é causa da confiança despertada do consumidor e mesmo de sua decisão de contratar com determinada operadora de plano de saúde, é medida excepcional, devendo as normas que a autorizam, como é o caso do artigo 17 da Lei 9.656/98, serem interpretadas restritivamente. Neste sentido, entendem Andrea Lazzarini Salazar, Karina Grou e Vidal Serrano Júnior, que estas disposições "são insuficientes para proteger de maneira eficaz o consumidor: seja porque as garantias foram restringidas ao descredenciamento de entidades hospitalares, seja pela impossibilidade de o consumidor conhecer o nível ou a equivalência dos prestadores que saem e ingressam na rede credenciada."⁶⁹⁵ Rogam neste sentido, pela necessária regulação do tema pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, que ao menos até o presente momento parece furtar-se de tratar do tema.

De fato, o direito à manutenção das condições originalmente contratadas – o que inclui o rol de prestadores de serviços credenciados ou referenciados – não tem seu fundamento principal no artigo 17, do CDC, que apenas estabelece procedimento para as hipóteses restritivas em que admite sua substituição. Decorre, em verdade, da proteção da confiança dos consumidores, que no direito do consumidor é operada pela incidência do princípio da boa fé e da eficácia vinculativa da oferta, de onde resulta proibição da alteração unilateral dos termos do contrato. O raciocínio que se expõe é o de que o consumidor toma sua decisão de contratar em vista das vantagens e qualidades relativas ao objeto ou ao modo de contratação oferecidos pelo fornecedor. Daí a origem do dever jurídico de manutenção das condições ofertadas, em respeito aos motivos que levam o consumidor a contratar, ou mesmo da causa contratual eventualmente reconhecida. São, portanto, princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor que a Lei 9.656/98, ao incidir sobre uma espécie de contrato de consumo, regula, especialmente em relação ao procedimento de substituição excepcionalmente admitida no rol dos prestadores de serviço de saúde vinculados ao plano oferecido pela operadora de planos de saúde.

Recente decisão do STJ interpretou as três condições previstas na lei, que devem ser atendidas para promover a substituição excepcional do prestador de serviços credenciado originalmente pela operadora de plano de saúde, quais sejam "(i) equivalência das entidades médico-hospitalares, ou seja, da descredenciada e da substituta; (ii) notificação dos consumidores com antecedência mínima de trinta dias; e (iii) comunicação à Agência Nacional de Saúde (ANS) dentro do mesmo prazo".⁶⁹⁶ Isto não implica ampla liberdade na substituição dos

695. SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina. SERRANO JR., Vidal. Assistência privada à saúde: aspectos gerais da nova legislação. In: MARQUES, Claudia Lima et alli. *Saúde e responsabilidade 2: a nova assistência privada à saúde*. São Paulo: RT, 2008. p. 217.

696. "Direito do Consumidor. Plano de saúde. Descredenciamento de clínica médica no curso de tratamento quimioterápico, sem substituição por estabelecimento de saúde equivalente. Impossibilidade. Prática abusiva. Artigo 17 da Lei 9.656/98. 1. O caput do artigo 17 da Lei 9.656/98 garante aos consumidores de planos de saúde a manutenção da rede de profissionais, hospitais e laboratórios credenciados ou referenciados pela operadora ao longo da vigência dos contratos. 2. Nas hipóteses de descredenciamento de clínica, hospital ou profissional anteriormente autorizados, as operadoras de plano de saúde são obrigadas a manter uma rede de estabelecimentos convenientes compatível com os serviços contratados e apta a oferecer tratamento equivalente àquele encontrado no estabelecimento de saúde que foi descredenciado. Artigo 17, § 1.º, da Lei 9.656/98. 3. O descredenciamento de estabelecimento de saúde efetuado sem a observância dos requisitos legalmente previstos configura prática abusiva e atenta contra o princípio da boa-fé objetiva que deve guiar a elaboração e a execução de todos os contratos. O consumidor não é obrigado a tolerar a diminuição da qualidade dos serviços contratados e não deve ver frustrada sua legítima expectativa de poder contar, em caso de necessidade, com os serviços colocados à sua disposição no momento da celebração do

profissionais e demais prestadores de serviços credenciados. A natureza restritiva e excepcional desta providência decorre do disposto no CDC. Contudo, na excepcional hipótese de alteração dos prestadores de serviço vinculados ao plano de saúde, observa-se, ainda assim, o dever do fornecedor de manter o mesmo nível de conformidade e qualidade dos serviços prestados, de modo, pois, que a substituição do prestador de serviço, quando ocorra, só pode se dar em favor de outro equivalente. Esta noção de equivalência, note-se, é subjetiva, antes do que objetiva. Não basta que o prestador de serviços que venha a ser substituído ofereça os mesmos serviços daquele descredenciado/desligado do plano de saúde. O aspecto essencial deste dever de equivalência é subjetivo, ou seja, de que o substituto ostente as mesmas qualificações e o mesmo reconhecimento do prestador de serviço anterior. Isto porque, conforme se disse, se a qualificação ou abrangência da rede de prestadores de serviços é considerada para efeito de oferta ao consumidor e sua respectiva escolha do plano de saúde a ser contratado, exige-se que seja mantida esta qualidade durante toda a execução do contrato.

Por outro lado, o segundo dever das operadoras dos planos de saúde é o de notificar os consumidores sobre a substituição com antecedência mínima de 30 dias. Este dever, que é espécie de dever de informação⁶⁹⁷, tem por finalidade permitir o conhecimento prévio que possibilite ao consumidor decidir não iniciar determinado tratamento com o prestador de serviços que será descredenciado, ou ainda concluir o respectivo tratamento quando isso for possível. Por fim, a comunicação prévia à Agência Nacional de Saúde Suplementar, prevista em lei, tem por finalidade evidente permitir o exercício da fiscalização e controle que lhe compete, especialmente no exame das causas da substituição do prestador de serviços e sua repercussão para os interesses legítimos dos consumidores. Fixa-se, portanto, procedimento para permitir a proteção adequada dos direitos dos consumidores.⁶⁹⁸

2.5.4.3 Controle das cláusulas e práticas abusivas nos planos de assistência à saúde

Não se perca de vista que os contratos de assistência ou de seguro de saúde revestem-se da finalidade precípua de responder pelos custos de tratamento médico-hospitalar ou procedimentos de prevenção a riscos da saúde dos consumidores. Neste sentido se apresenta a abusividade de suas cláusulas contratuais que, ao restringir a cobertura do plano,⁶⁹⁹ criando obstáculos à realização de

contrato de assistência médica. 4. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 1.119.044/SP, 3.ª T., j. 22.02.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04.03.2011).

697. STJ, REsp 1349385/PR, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 16.12.2014, DJe 02.02.2015.

698. Em idêntico sentido observa-se o § 4.º do artigo 17 da Lei 9656/98, ao dispor que "§ 4.º Em caso de redimensionamento da rede hospitalar por redução, as empresas deverão solicitar à ANS autorização expressa para tanto, informando: I – nome da entidade a ser excluída; II – capacidade operacional a ser reduzida com a exclusão; III – impacto sobre a massa assistida, a partir de parâmetros definidos pela ANS, correlacionando a necessidade de leitos e a capacidade operacional restante; e IV – justificativa para a decisão, observando a obrigatoriedade de manter cobertura com padrões de qualidade equivalente e sem ônus adicional para o consumidor."

699. "Civil e processual. Acórdão estadual. Omissões não configuradas. Seguro-saúde. Cláusula limitativa de valor de despesas anuais. Abusividade. Esvaziamento da finalidade do contrato. Nullidade. I. Não padece do vício da omissão o acórdão estadual que enfrenta suficientemente as questões relevantes suscitadas, apenas trazendo conclusões adversas à parte irrisignada. II. A finalidade essencial do seguro-saúde reside em proporcionar adequados meios de recuperação ao segurado, sob pena de esvaziamento da sua própria ratio, o que não se coaduna com a presença de cláusula

certos procedimentos, comprometem a satisfação do interesse útil do contrato que é a manutenção ou promoção da saúde do segurado.⁷⁰⁰ Da mesma forma, será abusiva a cláusula contratual que deixa ao arbítrio do fornecedor a estipulação do índice de reajuste que lhe seja mais vantajoso, dentre alternativas estabelecidas no contrato.⁷⁰¹ A noção de interesse útil dos contratantes em relação à prestação contratual é de grande valia para a interpretação dos contratos de assistência e seguro de saúde. Neste sentido, se a alteração unilateral do contrato pelo fornecedor já é em si suficiente para caracterizar a abusividade, tal característica se agrava quando se percebe que o conteúdo da alteração em foco, resulta na diminuição ou comprometimento do interesse do consumidor com a prestação contratual. É o que ocorre quando a operadora do plano de saúde altera de modo unilateral o contrato para prever que a possibilidade do consumidor utilizar serviços de hospital não credenciado no plano tem a restituição de despesas limitadas por tabela fixada pelo fornecedor,⁷⁰² ou, do mesmo modo, quando, havendo mora do consumidor no pagamento da mensalidade, automaticamente prevê-se a suspensão do contrato e a renovação do prazo de

limitativa do valor indenizatório de tratamento que as instâncias ordinárias consideraram coberto pelo contrato. III. Recurso especial conhecido e provido” (REsp 326.147/SP, 4.ª T., j. 21.05.2009, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 08.06.2009).

700. “Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Plano de saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. Decisão agravada. Manutenção. – O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas. – Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. – Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada. – O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo. – Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa etária. – Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do artigo 15, § 3.º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. – Agravo Regimental improvido” (STJ, AgRg no REsp 707.286/RJ, 3.ª T., j. 17.12.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 18.12.2009).
701. “Agravo regimental no agravo de instrumento. Reajuste complementar de plano de saúde. Aplicação de índice unilateralmente escolhido. Vedação. Código de Defesa do Consumidor. 1. – É abusivo o reajuste de plano de saúde pelo índice que melhor atende aos interesses do fornecedor, sem que se acorde ou se dê ao consumidor qualquer informação a respeito do critério adotado. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no Ag 1087391/SP, 3.ª T., j. 16.04.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 05.05.2009).
702. “Civil e processual civil. Plano de saúde. Alteração unilateral do contrato. Internação em hospital não conveniado. CDC. Boa-fé objetiva. 1. A operadora do plano de saúde está obrigada ao cumprimento de uma boa-fé qualificada, ou seja, uma boa-fé que pressupõe os deveres de informação, cooperação e cuidado com o consumidor/segurado. 2. No caso, a empresa de saúde realizou a alteração contratual sem a participação do consumidor, por isso é nula a modificação que determinou que a assistência médico-hospitalar fosse prestada apenas por estabelecimento credenciado ou, caso o consumidor escolhesse hospital não credenciado, que o ressarcimento das despesas estaria limitado à determinada tabela. Violação dos artigos 46 e 51, IV e § 1.º, do CDC. 3. Por esse motivo,

carência por novo período após a purgação da mora.⁷⁰³ Assim, também será abusiva a cláusula contratual que limitar o tempo de internação do paciente em UTI,⁷⁰⁴ ou de resto limitativa do tempo de internação hospitalar (Súmula 302/STJ),⁷⁰⁵ bem como a cláusula que impede a utilização de material importado em cirurgia, quando inexistente similar nacional,⁷⁰⁶ ou excluem a cobertura de próteses sem as quais a cobertura do procedimento cirúrgico perde qualquer utilidade.⁷⁰⁷

prejudicadas as demais questões propostas no especial. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 418.572/SP, 4.^a T., j. 10.03.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 30.03.2009).

703. “Processual civil e consumidor. Plano de saúde. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula abusiva. Dano moral. 1. Nos contratos de trato sucessivo, em que são contratantes um fornecedor e um consumidor, destinatário final dos serviços prestados, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. 2. A suspensão do atendimento do plano de saúde em razão do simples atraso da prestação mensal, ainda que restabelecido o pagamento, com os respectivos acréscimos, configura-se, por si só, ato abusivo. Precedentes do STJ. 3. Indevida a cláusula contratual que impõe o cumprimento de novo prazo de carência, equivalente ao período em que o consumidor restou inadimplente, para o restabelecimento do atendimento. 4. Tendo a empresa ré negado ilegalmente a cobertura das despesas médico-hospitalares, causando constrangimento e dor psicológica, consistente no receio em relação ao restabelecimento da saúde do filho, agravado pela demora no atendimento, e no temor quanto à impossibilidade de proporcionar o tratamento necessário a sua recuperação, deve-se reconhecer o direito do autor ao ressarcimento dos danos morais, os quais devem ser fixados de forma a compensar adequadamente o lesado, sem proporcionar enriquecimento sem causa. Recurso especial de Golden Cross Assistência Internacional de Saúde LTDA não provido. Recurso especial de C. O. F. provido” (STJ, REsp 285.618/SP, 4.^a T., j. 18.12.2008, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 26.02.2009).
704. “Recurso especial. Plano de saúde. Cláusula limitativa do tempo de internação em UTI. Abusividade manifesta. Súmula n. 302/STJ. Comunicação de que o prazo de internação escoou. Não interrupção do tratamento médico. Dano moral inexistente. Mero dissabor. Prejuízo patrimonial não demonstrado. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido. 1. A Segunda Seção desta Corte firmou entendimento segundo o qual são abusivas as cláusulas de contrato de plano de saúde limitativas do tempo de internação, “notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobre direito, contida no artigo 5.^o da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Súmula 302/STJ. 2. No caso, porém, a recusa da empresa de saúde não foi materializada por nenhum ato concreto. Limitou-se a prestação de informações de que o plano de saúde não cobria internações em UTI superiores a 10 (dez) dias, sem interrupção do tratamento médico da segurada, não sendo capaz de infligir ao autor sofrimento ou dor moral relevantes além daqueles experimentados pela própria situação de enfermidade pela qual passava sua esposa. 3. Por outro lado, o autor não experimentou qualquer prejuízo pecuniário concreto, mas apenas uma “cobrança amigável” do hospital. Ademais, as instâncias ordinárias não se manifestaram acerca da existência de qualquer dano material, não podendo esta Corte investigar a sua existência sob pena de afronta ao Verbetes Sumular n. 7. 4. Especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido, apenas para reconhecer a nulidade da cláusula contratual limitativa do tempo de internação” (STJ, REsp 361.415/RS, 4.^a T., j. 02.06.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 15.06.2009).
705. Assim a Súmula 302, do STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”.
706. “Plano de saúde – Cirurgia de aneurisma cerebral. Utilização de material importado, quando inexistente similar nacional. Possibilidade. – É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura securitária a utilização de material importado, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde e não existente similar nacional” (STJ, REsp 952.144/SP, 3.^a T., j. 17.03.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJe* 13.05.2008).
707. “Consumidor. Plano de saúde. Cláusula limitativa de fornecimento de próteses. Inaplicabilidade. Cirurgia cujo sucesso depende da instalação da prótese. 1. Malgrado válida, em princípio, a cláusula

Tema de maior importância, neste particular, diz respeito às situações contratuais que dão causa à reajuste de mensalidades, de acordo com a Lei 9.656/98: a) reajuste para atualização da mensalidade em face do aumento de custos; b) reajuste pela mudança de faixa etária do consumidor assistido; c) reajuste em face de revisão técnica, para corrigir desequilíbrio estrutural do plano de saúde. Destes, certamente, é objeto de maior polêmica o reajuste por alteração de faixa etária. No primeiro caso, caberia à ANS fixar critérios objetivos para a identificação destes custos do sistema de saúde, bem como para sua incorporação e cálculo de índice de reajuste, o que na experiência atual não foi bem sucedido. O artigo 16, inciso XI apenas obriga discriminação, no contrato, dos critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias. No caso do reajuste por faixa etária, trata-se de matéria objeto de ampla normatização, seja pela exigência de aprovação prévia pela ANS, conforme dispõe o artigo 35-E, da Lei 9.656/98, quanto pelo Estatuto do Idoso (artigo 15, § 3.º, da Lei 10.741/2003). O disposto na Lei 9.656/98 encontra-se suspenso, por força da liminar concedida pelo STF na ADIn 1931/DF. Os fundamentos para controle do reajuste por alteração de faixa etária, contudo, são inúmeros. Primeiro, o que serve de fundamento para a norma inscrita no Estatuto do Idoso, a proibição de discriminação. Do ponto de vista da própria economia do contrato, contudo, no que se refere aos consumidores com maior tempo de contratação do plano de assistência à saúde, eventual aumento de despesas, presumível com o aumento da idade, deve ser cotejado com a contribuição do consumidor por todo o período da contratação, inclusive aquele em que a contribuição financeira para a operadora superou os custos individuais. Em resumo, a consideração sobre eventual aumento da sinistralidade deve ter como parâmetro toda a contratualidade, e não apenas a expectativa potencial de majoração do custo em face do aumento de faixa etária. Tais argumentos vêm sendo acolhidos pela jurisprudência do STJ, no sentido de declarar abusiva, e por isso nulas, as cláusulas contratuais que autorizam o reajuste dos valores do plano de saúde em face da mudança de faixa etária.⁷⁰⁸ Reconhece-se para tanto, o interesse social nestes contratos de trato

la limitativa de fornecimento de próteses, prevendo o contrato de plano de saúde, no entanto, a cobertura de determinada intervenção cirúrgica, mostra-se inaplicável a limitação caso a colocação da prótese seja providência necessária ao sucesso do procedimento. 2. No caso, é indispensável a colocação de próteses de platina para o êxito da cirurgia decorrente de fratura de tíbia e maléolo. 3. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 873.226/ES, 4.ª T., j. 08.02.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 22.02.2011). No mesmo sentido: "É nula a cláusula contratual que exclua da cobertura órteses, próteses e materiais diretamente ligados ao procedimento cirúrgico a que se submete o consumidor" (STJ, REsp 1.364.775/MG, 3.ª T., j. 20.06.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28.06.2013); e: STJ, AgRg no AREsp 366.349/MG, 4.ª T., j. 25.02.2014, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 05.03.2014.

708. "Agravamento regimental. Recurso especial. Plano de saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. Precedentes. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. 1. Deve ser declarada a abusividade e consequente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calculada exclusivamente na mudança de faixa etária. Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do artigo 15, § 3.º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Da leitura das razões expandidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, deve a decisão ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AgRg no REsp 533.539/RS, 4.ª T., j. 23.02.2010, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 08.03.2010). No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 563.555/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 19.03.2015, DJe 31.03.2015.

sucessivo, razão pela qual deve-se ter em análise todo o período da contratualidade,⁷⁰⁹ e não apenas a estrutura de contribuição do assistido e custo *pro futuro*. Por outro lado, o entendimento no sentido contrário irá considerar o incremento do risco com o avanço da idade, e desse modo, a necessidade de reajuste que o contemple, o qual é limitado pela boa-fé, na medida em que não se admitirá, em qualquer hipótese, reajuste em percentual desarrazoado que sirva para excluir o consumidor do acesso ao serviço.⁷¹⁰ É o que ocorrerá também quando, sendo reco-

709. "Direito civil e processual civil. Estatuto do Idoso. Planos de Saúde. Reajuste de mensalidades em razão de mudança de faixa etária. Vedação. — O plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas. — Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente. — Ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, obterá a cobertura nos termos em contratada. — O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso, exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo. — Deve ser declarada a abusividade e conseqüente nulidade de cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde caçada exclusivamente na mudança de faixa etária — de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%, ambas inseridas no âmbito de proteção do Estatuto do Idoso. — Veda-se a discriminação do idoso em razão da idade, nos termos do artigo 15, § 3.º, do Estatuto do Idoso, o que impede especificamente o reajuste das mensalidades dos planos de saúde que se derem por mudança de faixa etária; tal vedação não envolve, portanto, os demais reajustes permitidos em lei, os quais ficam garantidos às empresas prestadoras de planos de saúde, sempre ressalvada a abusividade. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 3.ª T., j. 06.11.2008, REsp 989.380/RN, rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 20.11.2008).

710. "Direito Civil. Consumidor. Plano de saúde. Ação civil pública. Cláusula de reajuste por mudança de faixa etária. Incremento do risco subjetivo. Segurado idoso. Discriminação. Abuso a ser aferido caso a caso. Condições que devem ser observadas para validade do reajuste. 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. 2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. 3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes. 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu artigo 15, § 3.º, veda 'a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade'. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia. 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segu-

nhecida abusiva a cláusula de reajuste por faixa etária, o juiz determinar a integração do contrato, o que deverá considerar o incremento do risco, por intermédio do competente cálculo atuarial.⁷¹¹

Este controle dos efeitos do reajuste nos contratos de planos de seguro saúde aplicam-se em proteção do consumidor, sobretudo em vista da sua vulnerabilidade reconhecida na celebração do contrato, assim como na dependência/catividade em relação aos serviços que integram seu objeto. Todavia, em relação a planos de saúde estipulados por empresas em favor de seus empregados, há divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de aplicação do CDC.⁷¹² Quer parecer, contudo, que o fato de haver como estipulante o empregador em favor de seus empregados, assim como seria o caso da associação em relação aos seus associados, não é causa suficiente para afastar por si, a incidência do CDC. Afinal, isso nada tem haver com a presença ou não de catividade/dependência do empregado beneficiado pelo plano de saúde, que muitas vezes, inclusive, participa do pagamento da contraprestação à operadora. Daí porque, embora se possa dizer que não há compulsoriedade na aplicação do CDC aos empregados usuários de plano de saúde empresarial, também é de registrar que poderão, de acordo com o conteúdo do contrato, serem tanto consumidores propriamente ditos (uma vez que participem da remuneração do serviço, mesmo com a coparticipação do empregador), ou equiparados, presente a vulnerabilidade no caso concreto, mediante exposição às práticas contratuais, nos termos do artigo 29 do CDC. Note-se, neste sentido, que a Súmula 469 do STJ, ao referir que “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor as contratos de plano de saúde” não observou, como de resto seus precedentes, restrições a esta aplicação.

rado. 6. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso. 7. Recurso especial provido” (STJ, REsp 866.840/SP, 4.ª T., j. 07.06.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, DJe 17.08.2011). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1315668/SP, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, 3.ª Turma, j. 24.03.2015, DJe 14.04.2015).

711. STJ, REsp 1280211/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 2.ª Seção, j. 23.04.2014, DJe 04.09.2014.

712. “Recurso Especial. Contrato de seguro-saúde de reembolso de despesas médico-hospitalares. Plano empresarial. Contrato firmado entre o empregador e a seguradora. Não aplicação do CDC – Código de Defesa do Consumidor – e da hipossuficiência na relação entre as empresas contratantes. Contrato oneroso. Reajuste. Possibilidade. Artigos 478 e 479 do Código Civil. Recurso Especial Improvido. I. Trata-se de contrato de seguro de reembolso de despesas de assistência médica e/ou hospitalar, firmado entre duas empresas. II. A figura do hipossuficiente, que o Código de Defesa do Consumidor procura proteger, não cabe para esse tipo de relação comercial firmado entre empresas, mesmo que uma delas seja maior do que a outra e é de se supor que o contrato tenha sido analisado pelos advogados de ambas as partes. III. Embora a recorrente tenha contratado um seguro de saúde de reembolso de despesas médico-hospitalares, para beneficiar seus empregados, dentro do pacote de retribuição e de benefícios que oferta a eles, a relação da contratante com a seguradora recorrida é comercial. IV. Se a mensalidade do seguro ficou cara ou se tornou inviável paras os padrões da empresa contratante, seja por variação de custos ou por aumento de sinistralidade, cabe ao empregador encontrar um meio de resolver o problema, o qual é de sua responsabilidade, pois é do seu pacote de benefícios, sem transferir esse custo para a seguradora. A recorrida não tem a obrigação de custear benefícios para os empregados da outra empresa. V. A legislação em vigor permite a revisão ou o reajuste de contrato que causa prejuízo estrutural (artigos 478 e 479 do Código Civil – condições excessivamente onerosas). Não prospera o pleito de anulação da cláusula de reajuste, pois não se configura abusividade ou reequilíbrio contratual. VI. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 1.102.848/SP, 3.ª T., j. 03.08.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, rel. p/ acórdão Min. Massami Uyeda, DJe 25.10.2010).

2.5.4.4 Planos de saúde coletivos e relação de trabalho

Na experiência brasileira, o acesso à assistência privada à saúde, por intermédio de planos de assistência e seguros, se dá como vantagem oferecida no âmbito da relação de trabalho. É comum, assim, que os empregadores ofereçam aos seus empregados, planos de assistência e/ou seguro saúde, de que se tornam beneficiários. Trata-se, como regra, de contratos coletivos, nos quais o empregador figura como estipulante, sendo seu conteúdo definido tanto mediante patrocínio integral da remuneração do plano pelo empregador, em regime de coparticipação deste com o empregado, ou ainda inteiramente custeado pelo empregado. Todavia, nada impede que se estabeleça no plano coletivo, outra estrutura contratual que, embora atípica, possui a mesma causa, sendo a base econômica do negócio estabelecida em outros termos. Neste caso, o modelo contratual adotado entre empregador e seus empregados pode ser ditado pelos interesses e particularidades do conjunto da relação de trabalho que desenvolvem. Aplica-se, nestes casos, tanto a Lei 9.656/98, quanto o Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que, quando da extinção da relação de trabalho seja em virtude de demissão ou aposentadoria do empregado, surge o risco de que este deixe de contar com a cobertura assistencial. Em virtude disso, a Lei 9.656/98 assegura a possibilidade de manutenção do plano de saúde, mesmo no caso de extinção do contrato de trabalho, por certo tempo, desde que preenchidas determinadas condições, dentre as quais a do pagamento integral da contribuição (ou seja, caso existisse, durante a vigência da relação de trabalho, coparticipação do empregador, esta se extingue, devendo o empregado arcar com o valor integral). A vantagem evidente, neste caso, para o ex-empregado, é o de permitir que se mantenha como membro do mesmo grupo, fazendo jus às condições desta mesma base de assistidos/segurados.⁷¹³

No caso do ex-empregado que teve a rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, incide o artigo 30 da Lei 9.656/98:⁷¹⁴ “Artigo 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. § 1.º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o *caput* será de um terço do tempo de permanência nos produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º, ou sucessores, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses. § 2.º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho. § 3.º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo. § 4.º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho. § 5.º A condição prevista no *caput* deste artigo deixará de existir quando da admissão do consumidor titular em novo emprego. § 6.º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a coparticipação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.” Observe-se pois, que esta manutenção do ex-empregado no plano assistencial é temporária, até vinte e quatro meses ou antes,

713. STJ, REsp 531.370/SP, 4.ª T., j. 07.08.2012, rel. Min. Raul Aratújo, DJe 06.09.2012.

714. STJ, AgRg no AREsp 152.667/SP, 3.ª T., j. 19.06.2012, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 25.06.2012.

se o assistido obtiver novo emprego, e apenas nos casos em que não tenha sido ele a dar causa à extinção da relação de trabalho (rescisão do contrato sem justa causa).⁷¹⁵

Já no caso de extinção da relação de trabalho em razão de aposentadoria, estabelece o artigo 31 da Lei 9.656/98: "Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1.º do artigo 1.º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de cobertura assistencial de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o seu pagamento integral. § 1.º Ao aposentado que contribuir para planos coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no *caput* é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assumam o pagamento integral do mesmo. § 2.º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2.º, 3.º, 4.º, 5.º e 6.º do artigo 30. § 3.º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2.º e 4.º do artigo 30".

2.5.5 Contratos de seguro

Os contratos de seguro são, atualmente, os contratos mais importantes do ponto de vista econômico e de prevenção de riscos pelos consumidores. Trata-se de um contrato típico, regulado pelo Código Civil em seus artigos 757 a 802. O objeto do contrato de seguro é a garantia de um interesse legítimo do segurado, por parte da seguradora, em relação a riscos pré-determinados. A utilidade do contrato de seguro para garantia de interesses do segurado cresceu enormemente nas últimas décadas, no mesmo sentido que o aumento dos riscos da vida em sociedade, tanto de natureza patrimonial quanto social.

O Código de Defesa do Consumidor incide sobre os contratos de seguro, por expressa previsão do seu artigo 3.º, § 2.º, que expressamente refere à atividade securitária, e teve sua constitucionalidade afirmada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão da ADIn 2591/DF. Sua incidência, como de resto nos demais contratos de consumo, incide quando se tenha em um dos polos um segurado destinatário final da garantia oferecida pelo segurador, conforme a definição do artigo 2.º do CDC. Nem sempre é fácil identificar a hipótese de incidência do CDC aos contratos de seguro, sobretudo porque, como regra, o segurado sempre será destinatário final fático (beneficiário) da indenização devida pela seguradora na hipótese de sinistro. E da mesma forma, nos seguros de danos patrimoniais, é destinatário final fático e econômico, porquanto, seja um consumidor pessoa física, seja um consumidor pessoa jurídica, a rigor, o dano patrimonial ressarcido pela indenização reverte em favor do segurado que se coloca, no mais das vezes, também na condição de beneficiário. De outro lado, a contratação do seguro se dá, como regra, sob a modalidade de contrato de adesão, em que o segurado, no mais das vezes não toma contato previamente com o contrato. A técnica de contratação envolve, geralmente, o preenchimento de uma proposta pelo segurado-consumidor e sua aceitação pelo segurador-fornecedor, sendo que a íntegra dos termos do contrato é tornada disponível com a emissão posterior da apólice e seu envio ao consumidor. Da mesma forma, o dever de informar do fornecedor (artigos 30 e 31 do CDC) relaciona-se a todos os aspectos essenciais do contrato, como é o caso do valor da cobertura aos diferentes riscos previstos na apólice, as exclusões de cobertura, assim como eventuais procedimentos ao encargo do segurado-consumidor, necessários

715. STJ, REsp 1.078.991/DF, 3.ª T., j. 02.06.2009, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 16.06.2009.

ao aperfeiçoamento do contrato (e.g. preenchimento de formulários de perfil de segurado, fornecimento de documentação ou declarações diversas).

2.5.5.1 Características do contrato de seguro como contrato de consumo

São características do contrato de seguro o fato de ele ser um contrato consensual (formado pelo acordo de vontade das partes – proposta e aceitação), oneroso (pelo qual o segurado se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária denominada prêmio) e bilateral (porquanto prevê-se obrigações ao segurador e ao segurado). Neste sentido, tendo sido aceita a proposta pelo segurado-consumidor, mesmo antes da emissão da apólice, ter-se-á contrato válido e eficaz, razão pela qual não pode o segurador negar-se ao pagamento da indenização no caso de sinistro.⁷¹⁶ Da mesma forma, tendo sido tornado disponível ao segurado o pagamento do prêmio, não poderá o segurador recusar-se ao pagamento da indenização alegando a não aprovação da proposta,⁷¹⁷ hipótese em que se identifica aceitação tácita.⁷¹⁸

Da mesma forma se trata de um contrato aleatório, uma vez que há incerteza quanto à ocorrência do sinistro (evento do qual se previne o risco), que deflagra a eficácia da obrigação de indenizar do segurador.

É certo que atualmente se discute vivamente na doutrina acerca da permanência da classificação do contrato de seguro como contrato aleatório, ou se, ao contrário, ora seria de reconhecer-se nele espécie de contrato comutativo. Os que sustentam alterar-se a tradicional natureza aleatória do seguro invocam vários argumentos: a) de que a atual contratação em massa dos contratos de seguro não admite que se fale na incerteza quanto à desvantagem do segurador, porquanto a ocorrência do sinistro e obrigação de indenizar em certos contratos seria compensada pela sua não ocorrência em outros tantos contratos, razão pela qual a exploração econômica dos seguros seria feita mediante cálculos precisos sobre sua viabilidade econômica;⁷¹⁹ b) de que enquanto o Código Civil de 1916 definia, em seu artigo 1.432, o con-

716. “Seguro. Vigência. Proposta. A companhia de seguro que recebe parcelas do prêmio relativas a uma proposta de seguro, na qual esta consignado que a data da vigência da cobertura corresponde a da assinatura da proposta, não pode deixar de pagar a indenização pelo sinistro ocorrido depois, alegando que o contrato somente se perfectibiliza com a emissão da Apólice, pois todo o seu comportamento foi no sentido de que o negócio já era obrigatório desde então. Prática abusiva vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, cujos princípios devem orientar a interpretação do artigo 1.433 do CC. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 79090/SP, 4.ª T., j. 05.03.1996, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 29.04.1996).

717. “Contrato de seguro. Termo inicial. Pagamento de parcelas. Precedentes. 1. Afirmando o Acórdão que houve a contratação do seguro e que parcelas do prêmio foram pagas ao departamento de sinistro da empresa em Curitiba, a decisão recorrida considerando vigente o contrato independentemente da aprovação da proposta e da emissão da apólice, não viola a legislação federal apontada. 2. Recurso especial conhecido, mas improvido” (STJ, REsp 223617/PR, 3.ª T., j. 04.05.2000, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12.06.2000).

718. “Recurso especial. Seguro. Existência do contrato. Dúvida infundada. Execução. Viabilidade. Desde que aceita, ainda que tacitamente, a proposta de seguro, o fato de a morte da proponente haver ocorrido antes do pagamento da primeira parcela do prêmio e da emissão da respectiva apólice não obsta a execução. Recurso provido” (REsp 722.469/PB, 3.ª T., j. 23.08.2007, rel. Min. Castro Filho, DJ 17.09.2007).

719. TZIRLUNIK, Ernesto. *Regulação do sinistro*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2008, p. 58; MELLO FRANCO, Vera Helena. *Contratos*. Direito civil e empresarial. São Paulo: RT, 2009, p. 276; TZIR-

trato de seguro como “aquele pelo qual uma das partes se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros, previstos no contrato”, o Código Civil de 2002 prevê a obrigação da seguradora de *garantia do interesse* do segurado em relação a um risco. Adalberto Pasqualotto, contudo, é preciso ao observar que “também se afirma para negar a natureza aleatória do seguro de que o contrato constitui uma obrigação de garantia. A obrigação do segurador é, sim, de garantia, mas a prestação é aleatória.⁷²⁰ Obrigação de garantia significa que a finalidade (causa, portanto) do vínculo é uma garantia. A prestação será a conduta do devedor que atenderá aquela finalidade. A indenização (prestação) está para a garantia assim como o meio para o fim”.⁷²¹

A razão de ser desta discussão, quer parecer, situa-se na possibilidade de – indicando o contrato como comutativo – construir argumento que sustente a pretensão de reajuste ou revisão do valor do prêmio pago pelo segurado à seguradora em situações distintas daquelas autorizadas em lei, como por exemplo, nas hipóteses de aumento da sinistralidade, ou seja, do número ou volume de indenizações pagas pelo segurador, invocando em favor deste a necessidade de preservação de equilíbrio do contrato. Esta circunstância tem especial interesse nos contratos que se projetam no tempo, às vezes por décadas, como é o caso do contrato de seguro de vida, de acidentes pessoais, ou mesmo os seguros de danos patrimoniais, em que o segurado, muitas vezes sem que tenha reclamado indenização a qualquer tempo, é obrigado a suportar aumentos significativos no valor do prêmio devido ao segurador, sob o argumento genérico de aumento do risco e necessidade de preservação do equilíbrio do contrato.

Em realidade, contudo, sabe-se que a estrutura do contrato de seguro desde sua origem, é a de diluição de riscos, mediante a celebração de diversos contratos, em relação aos quais o custo das indenizações dos segurados que sofrem o sinistro são diluídos e compensados por aqueles que não reclamarão indenização, em face da não ocorrência do risco previsto no contrato, e consequente ausência de lesão ao interesse segurado. Neste sentido é a lição de Ricardo Bechara dos Santos, para quem mesmo a nova disciplina do Código Civil “não deixa dúvida quanto à natureza aleatória deste contrato, tanto que a garantia a que se obriga o segurador é contra riscos, vale dizer, para cobrir eventos futuros e incertos, definindo o objeto do contrato de seguro e limitando a responsabilidade do segurador apenas aos riscos predeterminados no contrato”. E prossegue o jurista fluminense: “O contrato de seguro, portanto, em que pese a opinião de alguns poucos que já o veem como contrato comutativo, prossegue como o mais típico dos contratos aleatórios, porque o comportamento a que estão obrigadas as seguradoras (...) de estabelecer mutualidade especialmente organizada, com sistema de provisões e reservas técnicas, e que lhes permite de algum modo controlar o risco, não descaracteriza a álea de que se reveste o contrato como sua aba essencial”.⁷²² Neste sentido, aliás, vale a lição de Adalberto

LUNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *Contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 30-31.

720. Já ensina Pontes de Miranda, para quem o risco é coberto até que se dê o sinistro, e o segurado obtenha a cobertura, e mesmo que não se tenha o sinistro o segurado obteve a cobertura (diz-se frente ao CC/2002: garantia). Porém ensina: “Há sempre a prestação e a contraprestação, porque a entrega da soma é em virtude do que aconteceu, devido à álea”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*, v. 45. Rio de Janeiro: Borsó, 1972. p. 285.

721. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados II. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso*. São Paulo: RT, 2008. p. 61.

722. SANTOS, Ricardo Bechara dos. *Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 12-13.

Pasqualotto, que ao distinguir a dimensão econômica da mutualidade, observa que esta concretiza um nexo de cooperação entre os partícipes do contrato de seguro, com vista ao cumprimento de sua finalidade.⁷²³

Com isso não nos afastamos da compreensão da contraprestação do segurador, parte do próprio objeto do contrato de seguro: a garantia do interesse legítimo. Isto impõe ao segurador deveres específicos, em especial se tomarmos o contrato de seguro na situação em que se reveste de contrato de consumo. E neste sentido há deveres das partes que devem ser considerados. O contrato de seguro assenta-se na boa-fé das partes como fundamento da conduta devida das partes.⁷²⁴ Neste sentido, reconhece-se um dever de veracidade das partes, tanto do segurado nas declarações que fizer ao segurador para que este faça a correta avaliação do risco,⁷²⁵ quanto do segurador, nas informações quanto ao valor e extensão da cobertura e cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade do segurador.

Refira-se, contudo, que apenas informações relevantes para delimitação do risco pelo segurador, uma vez sonegadas, dão causa à perda do direito à indenização pelo segurado-beneficiário.⁷²⁶ E da mesma forma, só se pode dizer que o segurado deixou de declarar ou o fez de

723. Observa Pasqualotto, que “a massa de interesses homogêneos constituirá o lastro sobre o qual a seguradora constituirá o fundo de garantia. Considerada a coletividade como o somatório de indivíduos contribuintes, é possível considerar a existência de um nexo funcional entre eles, que cumpre o seu papel ainda que não haja participação consciente de concurso individual para uma finalidade comum. A funcionalização opera-se pela atividade finalística da seguradora, que calcula os prêmios e os arrecada na medida necessária para redistribuí-los a posteriori em benefício dos sinistrados. É fácil perceber que cada segurado, independentemente de sofrer o sinistro – o que nenhum deseja – contribui para o benefício geral, pois alguém haverá de receber a indenização contratada para reparar o prejuízo sofrido. A mutualidade, na dimensão econômica, atua concretizando o princípio da solidariedade e estabelecendo um nexo (não um vínculo) de cooperação na coletividade dos segurados. No plano do contrato, a mutualidade não tem o mesmo papel, a menos que se trate de seguro mútuo. Nesta modalidade, os segurados são os seus próprios seguradores. Quem entra no círculo dos segurados contribui conscientemente para o benefício direto de todos. Há associações mútuas de seguro de vida que não cobram prêmios, propriamente. No mês em que ocorre um sinistro, cada segurado aporta uma quantia predeterminada e o somatório constitui o valor a ser pago aos beneficiários. Neste caso, a mutualidade não é só um princípio organizativo do seguro, é também um sistema operacional. O contrato entre os segurados é plurilateral, assemelhado a um contrato de sociedade. O mesmo não acontece no chamado seguro empresarial ou capitalista. Neste modelo, o segurador é um terceiro frente aos segurados e a relação jurídica não é coletiva, é individualizada e bilateral. A mutualidade funciona como princípio na dimensão econômica; já no aspecto jurídico o sistema operacional atende à lógica empresarial e não está presente o nexo de cooperação”. PASQUALOTTO, Adalberto. Aspectos da defesa do consumidor no contrato de seguro: contrato coercitivo e relação de consumo por conexão. *Revista de direito do consumidor*, v. 90. São Paulo: RT, nov.-dez./2013, p. 169 e ss.

724. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados II*, p. 109.

725. KULLMAN, Jérôme. La déclaration de risque. In: BIGOT, Jean (Dir.) *Traité de droit des assurances*, t. 3. Le contrat d'assurance. Paris: LGDJ, 2002. p. 667 et seq.

726. “Direito civil e processual civil. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Contrato de seguro. Questionário de risco. Declarações inexatas ou omissas feitas pelo segurado. Negativa de cobertura securitária. Descabimento. Inexistência, no caso concreto, de agravamento do risco e de má-fé do segurado. Incidência da súmula 7. Existência de cláusula limitativa com duplo sentido. Aplicação da súmula 5. 1. Vigora, no direito processual pátrio, o sistema de persuasão racional, adotado pelo Código de Processo Civil nos artigos 130 e 131, não cabendo compelir o magistrado a acolher com primazia determinada prova, em detrimento de outras pretendidas pelas partes, se pela análise das

maneira inexacta, aquilo que lhe foi perguntado. Pode ocorrer de o segurador dispensar, como praxe de mercado em alguns seguros, as declarações do segurado em relação a certos riscos, o que – conforme aponta Pasqualotto – é comum ocorrer nos seguros saúde e seguro de vida.⁷²⁷ Neste caso, a dispensa de declarações ou mesmo de demonstração sobre determinada qualidade pelo segurado-consumidor é risco que assume o segurador. Neste caso, de relevo o exame do disposto no artigo 766, do Código Civil, que prevê: “Artigo 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexactas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido. Parágrafo único. Se a inexactidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio.” O dever estabelecido pelo Código Civil comporta dois esclarecimentos em relação ao consumidor: a) primeiro, o corretor de seguro não é representante do segurado em nenhuma hipótese, mas da seguradora, que, aliás, poderá responder, conforme o caso, por sua conduta, mediante a aplicação da teoria da aparência, ou quando for o caso pelo disposto no artigo 34 do CDC, bem pode ser considerado para todos os efeitos, membro da cadeia de fornecimento,⁷²⁸ inclusive para efeito de responder perante o segurado, assegurando

provas em comunhão estiver convencido da verdade dos fatos. 2. As declarações inexactas ou omissões no questionário de risco em contrato de seguro de veículo automotor não autorizam, automaticamente, a perda da indenização securitária. É preciso que tais inexactidões ou omissões tenham acarretado concretamente o agravamento do risco contratado e decorram de ato intencional do segurado. Interpretação sistemática dos artigos 766, 768 e 769 do CC/2002. 3. “No contrato de seguro, o juiz deve proceder com equilíbrio, atentando às circunstâncias reais, e não a probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos” (Enunciado 374 da IV Jornada de Direito Civil do STJ). 4. No caso concreto, a circunstância de a segurada não possuir carteira de habilitação ou de ter idade avançada – ao contrário do seu neto, o verdadeiro condutor – não poderia mesmo, por si, justificar a negativa da seguradora. É sabido, por exemplo, que o valor do prêmio de seguro de veículo automotor é mais elevado na primeira faixa etária (18 a 24 anos), mas volta a crescer para contratantes de idade avançada. Por outro lado, o roubo do veículo segurado – que, no caso, ocorreu com o neto da segurada no interior do automóvel – não guarda relação lógica com o fato de o condutor ter ou não carteira de habilitação. Ou seja, não ter carteira de habilitação ordinariamente não agrava o risco de roubo de veículo. Ademais, no caso de roubo, a experiência demonstra que, ao invés de reduzi-lo, a idade avançada do condutor pode até agravar o risco de sinistro – o que ocorreria se a condutora fosse a segurada, de mais de 70 anos de idade -, porque haveria, em tese, uma vítima mais frágil a investidas criminosas. 5. Não tendo o acórdão recorrido reconhecido agravamento do risco com o preenchimento inexacto do formulário, tampouco que tenha sido em razão de má-fé da contratante, incide a Súmula 7. 6. Soma-se a isso o fato de ter o acórdão recorrido entendido que eventual equívoco no preenchimento do questionário de risco ter decorrido também de dubiedade da cláusula limitativa. Assim, aplica-se a milenar regra de direito romano *interpretatio contra stipulatorem*, acolhida expressamente no artigo 423 do Código Civil de 2002: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. 7. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.210.205/RS, 4.ª T., j. 01.09.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.09.2011).

727. PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados II*, p. 110.

728. “Apelações cíveis. Seguro de veículo. Desídia da corretora contratação perfectibilizada. Indenização securitária devida. Danos materiais. Danos morais. Solidariedade. 1. O contrato é o acordo firmado entre as partes, com o objetivo de criar direitos, mediante a livre manifestação de vontade. Na formação do pacto dois elementos são essenciais, a proposta, que vincula o proponente aos termos do que propôs, conforme alude o artigo 427, do Código Civil de 2002; e a aceitação desta, que é a concordância da parte contraente com o que foi proposto, formando-se, assim, o pacto. 2. As partes

seu direito de regresso contra o segurador,⁷²⁹ e b) a presunção em relação ao consumidor é de boa-fé, logo, a inexatidão ou omissão que não resulte de má-fé não permite a restrição de direito do segurado à indenização,⁷³⁰ podendo o segurador cobrar a diferença do valor do prêmio ou

devem observar os requisitos a que aludem os artigos 421 e 422, ambos do CC, quando da efetivação do pacto, ou seja, atentar aos princípios da função social do contrato e da boa fé. 3. É incontroverso nos autos, de modo que independe de prova, nos termos do artigo 334, III, do Código de Processo Civil, que o autor manteve contato com a corretora ré, a fim de entabular pacto securitário com a seguradora demandada. 4. Se a corretora tinha cinco dias para entregar a proposta física, deveria, no mesmo momento que a encaminhou eletronicamente para a seguradora, remetê-la ao proponente, para que este possuísse um prazo razoável para devolver o documento subscrito. 5. O fato de o veículo não estar equipado com o dispositivo de rastreamento não tem o condão de afastar a cobertura securitária, porquanto o autor possuía sete dias a contar da assinatura da proposta para realizar a sua instalação. Destarte, se a proposta só foi lhe encaminhada no dia 15.05.2011 e o sinistro ocorreu em 17.05.2011, não há falar em descumprimento contratual pela parte autora, mas sim de inobservância de prazo hábil para atendimento da exigência feita pela parte demandada, situação que decorreu da desídia desta. 6. Do mesmo modo, inexigível que este houvesse adimplido o prêmio, uma vez que é incontroverso nos autos que este optou pelo pagamento parcelado do mesmo e que a primeira prestação só teria vencimento após a ocorrência do sinistro, o que nada obsta que venha a ser satisfeito. 7. De acordo com o artigo 775 do Código Civil, o corretor é representante da seguradora. Assim, o pacto estava em pleno vigor, devendo a responsabilidade pelo pagamento da indenização securitária recair somente sobre a seguradora, de acordo com o previsto no artigo 757 do Código Civil. 8. No que tange aos danos morais e materiais, a responsabilidade das demandas é solidária, nos termos do artigo 34 do Código de Defesa do Consumidor, o qual consagrou expressamente a solidariedade da cadeia de fornecimento. Dos danos materiais 9. Em se tratando de danos de ordem material há que ser perfeitamente delimitado e demonstrado o prejuízo ocorrido, ou seja, identificada a perda patrimonial sofrida, a qual não se presume, a fim de atender ao disposto no artigo 402 do Código Civil. Assim, deve ser limitada a indenização por danos materiais aos gastos efetivamente comprovados com táxi. Dos danos morais 10. Com relação à indenização por dano imaterial, cumpre ressaltar que somente os fatos e acontecimentos capazes de romper com o equilíbrio psicológico do indivíduo devem ser considerados para tanto, não podendo se equiparar aqueles os meros dissabores atinentes ao cotidiano das relações interpessoais. 11. No entanto, no caso em exame, esses paradigmas foram ultrapassados, resultando em efetivo prejuízo de ordem moral, atingidos direitos inerentes a personalidade da parte autora, tendo em vista a frustração da expectativa de lhe ser prestado adequadamente o serviço ofertado, ilícito contratual que ultrapassa o mero incômodo. 12. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta da ré, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita da demandada que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora é o denominado dano moral puro. 13. O valor a ser arbitrado a título de indenização por dano imaterial deve levar em conta o princípio da proporcionalidade, bem como as condições da ofendida, a capacidade econômica do ofensor, além da reprovabilidade da conduta ilícita praticada. Por fim, há que se ter presente que o ressarcimento do dano não se transforme em ganho desmesurado, importando em enriquecimento ilícito. 14. Salvados. Uma vez adimplido o valor do seguro contratado, a seguradora tem o direito aos salvados. Precedentes. Dado parcial provimento aos apelos” (TJRS, ApCiv 70043732874, 5.ª Câ. Civ., j. 31.08.2011, rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, p. RDC 78/429). Todavia, segundo precedente do STJ, não responde o corretor de modo solidário, com fundamento no artigo 14, pelo pagamento da indenização securitária” (STJ, REsp 1.190.772/RJ, 4.ª T., j. 19.10.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 26.10.2010).

729. STJ, REsp 658.938/RJ, 4.ª T., j. 15.05.2012, rel. Min. Raul Araújo, DJe 20.08.2012.

730. “Direito civil. Seguro de vida. Doença preexistente. Longevidade da segurada por 24 anos após a contratação e sucessivas renovações da avença. Omissão irrelevante. Má-fé. Inexistência. 1 – Este

a resolução do contrato. Neste último caso, contudo, a resolução poderá ter como óbice, mediante a aplicação da teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*),⁷³¹ o pagamento substancial do prêmio pelo consumidor e seu direito de manter o seguro contratado, pagando a diferença. Há ainda situações, especialmente em se tratando de seguro de vida, nas quais a renovação periódica do contrato de seguro, por longo tempo, tem o condão de permitir sua interpretação como espécie de contrato relacional, em que se estabelece uma só relação jurídica, entre os mesmos segurados e segurador, ainda que com múltiplos vínculos no decorrer dos anos. Essa circunstância poderá implicar uma limitação do direito de resolução, ou melhor, do exercício do direito de não renovação do contrato (cuja vigência, geralmente, é anual). Todavia, o reconhecimento de um direito do segurado à renovação do contrato, não significa que deverá o segurador manter inalteradas suas condições, uma vez que é razoável supor que o aumento de idade repercute na majoração do risco de sinistro. Neste sentido, o dever de boa-fé

Egrégio Superior Tribunal de Justiça já decidiu: "(...) 2. Não pode a seguradora eximir-se do dever de indenizar, alegando omissão de informações por parte do associado, se dele não exigiu exames clínicos prévios" (REsp 402.457-RO, rel. Min. Barros Monteiro, 4.ª Turma). II – *In casu*, a não exigência de exames prévios, bem como a longevidade da segurada que perdurou por 24 anos da contratação inicial até o óbito, sendo renovado periodicamente, não elide a responsabilidade da seguradora em pagar o seguro, porque, em verdade, a suposta omissão de procedimento cirúrgico anterior a última renovação não é suficientemente relevante para induzir a má-fé da segurada, mormente se a Seguradora auferiu vantagem por duas décadas sem exigir, repis, exames clínicos nas sucessivas renovações do contrato. III – Recurso Especial parcialmente conhecido e provido" (STJ, REsp 543.089/MG, 4.ª T. j. 01.12.2009, rel. Min. Honório Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Dje 14.12.2009).

731. "Ação de cobrança. Seguro de vida. Carência de ação decorrente da ausência de interesse de agir rejeitada. Pagamento da indenização, descontando-se o valor da última parcela do prêmio, que restou impaga. Princípio da boa-fé objetiva. Adimplemento substancial do contrato. Alteração de ofício do termo inicial da incidência da correção monetária. I. Rejeita-se a prefacial atinente à carência de ação decorrente da ausência de interesse de agir porque o pedido administrativo do pagamento da indenização securitária é dispensável. Aliás, equivalendo o pedido administrativo ao ajuizamento da ação, a seguradora ré dispôs desde a citação de tempo para efetuar o pagamento da indenização em questão. Ressalva-se apenas que a consequência imediata da ausência da formulação do pedido administrativo é a incidência dos juros moratórios desde a citação, porque somente nesta data a parte ré foi constituída. II. Observando-se principalmente o princípio da boa-fé objetiva e o adimplemento substancial do contrato, do pagamento da indenização deve ser descontado o valor da última parcela referente ao prêmio, que restou impaga. Tal solução também se justifica ante a ausência de comunicação formal ao segurado para que adimplisse a parcela em atraso. III. Por que se trata de matéria de ordem pública, altera-se de ofício o termo inicial da incidência da correção monetária. Inexiste justificativa legal para que o termo inicial seja a data do óbito; logo, impõe-se a aplicação da regra, vale dizer, a correção monetária deve correr a partir do ajuizamento do feito. Recurso parcialmente provido" (Recurso Cível 71001435213, 3.ª Turma Recursal Cível, j. 11.03.2008, rel. Maria José Schmitt Sant'Anna). Na mesma linha de antigo precedente do STJ: "Seguro. Inadimplemento da segurada. Falta de pagamento da última prestação. Adimplemento substancial. Resolução. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido" (REsp 76.362/MT, 4.ª T. j. 11.12.1995, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Dje 01.04.1996).

que impõe às partes colaborar entre si, admitirá a possibilidade de reajuste que recomponha as bases técnicas entre sinistralidade e indenização. Mas ao mesmo tempo, impõe ao segurador um ônus, que é justamente o de que esta recomposição seja feita de modo gradual, respeitando o segurado como parceiro contratual, especialmente em face do tempo da contratualidade.⁷³²

2.5.5.2 *Deveres do segurador-fornecedor na contratação do seguro*

A incidência do princípio da boa-fé sobre o contrato de seguro, para além dos deveres estabelecidos em lei (Código Civil) e pela regulamentação administrativa (e.g. Superintendência de Seguros Privados e Agência Nacional de Saúde Suplementar), dá causa, igualmente, a deveres de colaboração, lealdade e cuidado recíprocos das partes, o que é especialmente importante para se identificar corretamente os deveres do segurador-fornecedor na relação contratual com o consumidor-segurado. E neste particular, embora especialmente importante em relação à proteção do consumidor no contrato de seguro, são deveres a serem observados, em sua maioria, na generalidade dos contratos de seguro. Em relação aos deveres do segurador-

732. "Direito do Consumidor. Contrato de seguro de vida, renovado ininterruptamente por diversos anos. Constatação de prejuízos pela seguradora, mediante a elaboração de novo cálculo atuarial. Notificação, dirigida ao consumidor, da intenção da seguradora de não renovar o contrato, oferecendo-se a ele diversas opções de novos seguros, todas mais onerosas. Contratos relacionais. Direitos e deveres anexos. Lealdade, cooperação, proteção da segurança e boa fé objetiva. Manutenção do contrato de seguro nos termos originalmente previstos. Ressalva da possibilidade de modificação do contrato, pela seguradora, mediante a apresentação prévia de extenso cronograma, no qual os aumentos são apresentados de maneira suave e escalonada. 1. No moderno direito contratual reconhece-se, para além da existência dos contratos descontínuos, a existência de contratos relacionais, nos quais as cláusulas estabelecidas no instrumento não esgotam a gama de direitos e deveres das partes. 2. Se o consumidor contratou, ainda jovem, o seguro de vida oferecido pela recorrida e se esse vínculo vem se renovando desde então, ano a ano, por mais de trinta anos, a pretensão da seguradora de modificar abruptamente as condições do seguro, não renovando o ajuste anterior, ofende os princípios da boa-fé objetiva, da cooperação, da confiança e da lealdade que deve orientar a interpretação dos contratos que regulam relações de consumo. 3. Constatado prejuízo pela seguradora e identificada a necessidade de modificação da carteira de seguros em decorrência de novo cálculo atuarial, compete a ela ver o consumidor como um colaborador, um parceiro que a tem acompanhado ao longo dos anos. Assim, os aumentos necessários para o reequilíbrio da carteira têm de ser estabelecidos de maneira suave e gradual, mediante um cronograma extenso, do qual o segurado tem de ser cientificado previamente. Com isso, a seguradora colabora com o particular, dando-lhe a oportunidade de se preparar para os novos custos que onerará, ao longo do tempo, o seu seguro de vida, e o particular também colabora com a seguradora, aumentando sua participação e mitigando os prejuízos constatados. 4. A intenção de modificar abruptamente a relação jurídica continuada, com simples notificação entregue com alguns meses de antecedência, ofende o sistema de proteção ao consumidor e não pode prevalecer. 5. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 1.073.595/MG, 2.ª Seção, j. 23.03.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 29.04.2011). No mesmo sentido o reconhecimento da abusividade do direito de resilição do contrato de seguro vigente por muitos anos por ofensa à boa-fé objetiva (STJ, AgRg no Ag 1362420/PR, 3.ª T., j. 14.08.2012, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 17.08.2012). Note-se, todavia, a tendência do STJ de observar o tempo de vigência do contrato como critério para identificar a tutela da confiança e expectativa dos consumidores na permanência do pacto. Neste sentido, ao contrário do precedente citado em que a duração do pacto já completara trinta anos, a Corte negou, por maioria, a tese em caso no qual a duração do contrato de seguro em grupo perdurara apenas por dez anos, justificando expressamente tratar-se de base fática distinta do precedente em questão (STJ, REsp 880.605/RN, 2.ª Seção., j. 13.06.2012, rel. p/ acórdão Min. Massami Uyeda, DJe 17.09.2012).

-consumidor, basicamente são três os deveres exigidos na legislação: a) não fazer declarações falsas em relação ao risco ou ao interesse garantido; b) não agravar o risco segurado; e c) pagar o prêmio na forma ajustada no contrato. No tocante à omissão de informações, note-se que o comportamento do segurado-consumidor será avaliado, quanto à sua regularidade, em relação ao que lhe for questionado. Não omite informação quem deixa de informar porque não lhe foi perguntado (artigo 766, parágrafo único, do CC/2002). Da mesma forma, o fato que demonstra a má-fé do segurado interpreta-se restritivamente,⁷³³ e não atinge necessariamente os beneficiários que dele não participaram, segundo entendimento do STJ.⁷³⁴

Já no caso do segurador-fornecedor, seus deveres podem ser divididos entre deveres pré-contratuais e deveres exigidos na execução do contrato. No período pré-contratual, o principal dever é de informação e esclarecimento. Deve o segurador-fornecedor informar sobre as condições gerais do seguro, valor e forma de pagamento do prêmio, os riscos segurados, os interesses garantidos, valores e extensão da cobertura, especialmente no tocante a suas limitações e exclusões. O descumprimento deste dever de informar do segurador-fornecedor dá causa a série de sanções ao fornecedor, dentre as quais: a) inexigibilidade de obrigações não informadas adequadamente ao segurado-consumidor (artigo 46 do CDC); b) se for o caso, o cumprimento da oferta na forma compreendida pelo segurado-consumidor, sem prejuízo de indenização por descumprimento (artigo 35 do CDC); c) sanções administrativas aplicáveis pelos PROCONs e/ou pela SUSEP.⁷³⁵

Na execução do contrato, os principais deveres do segurador-fornecedor consistem na emissão da apólice e envio ao segurado-consumidor, a disponibilização de meios de pagamento do prêmio acessíveis, e o pagamento da indenização na hipótese de sinistro. Em relação a esta circunstância, diversas são as demandas judiciais contestando o valor da indenização, seja em relação à controvérsia *in concreto* de tratar-se de dano parcial ou total (perda total), no caso dos danos patrimoniais segurados, seja a divergência entre o valor da indenização paga pelo segu-

733. STJ, REsp 237555/RJ, 3.ª T., j. 16.03.2000, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 03.04.2000.

734. STJ, REsp 464426/SP, 4.ª T., j. 02.10.2003, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 01.08.2005; AgRg no Ag 69537/RS, 4.ª T., j. 10.09.1996, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 11.11.1996; REsp 297489/SP, 4.ª T., j. 07.02.2002, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 20.05.2002.

735. "Administrativo e consumidor – Publicidade enganosa – Multa aplicada por Procon a seguradora privada – Alegação de *bis in idem*, pois a pena somente poderia ser aplicada pela Susep – Não ocorrência – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC – Possibilidade de aplicação de multa em concorrência por qualquer órgão de defesa do consumidor, público ou privado, federal, estadual, municipal ou distrital. 1. A tese da recorrente é a de que o Procon não teria atribuição para a aplicação de sanções administrativas às seguradoras privadas, pois, com base no Decreto [rectius: Decreto-lei] n. 73/66, somente à Susep caberia a normatização e fiscalização das operações de capitalização. Assim, a multa discutida no caso dos autos implicaria verdadeiro *bis in idem* e enriquecimento sem causa dos Estados, uma vez que a Susep é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda; enquanto que o Procon, às Secretarias de Justiça Estaduais. 2. Não se há falar em *bis in idem* ou enriquecimento sem causa do Estado porque à Susep cabe apenas a fiscalização e normatização das operações de capitalização pura e simples, nos termos do Decreto [rectius: Decreto-lei] n. 73/66. Quando qualquer prestação de serviço ou colocação de produto no mercado envolver relação de consumo, exsurge, em prol da Política Nacional das Relações de Consumo estatuida nos artigos 4.º e 5.º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC que, nos termos do artigo 105 do Código de Defesa do Consumidor é integrado por órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, além das entidades privadas que têm por objeto a defesa do consumidor. Recurso ordinário improvido" (RMS 26.397/BA, rel. Min. Humberto Martins, 2.ª T., j. 01.04.2008, DJe 11.04.2008).

seguro dependa da existência de cobertura de resseguro facultativo, observado o mesmo prazo de quinze dias fixados na norma.

Segundo a jurisprudência, já há algum tempo, sufraga o entendimento de que a aceitação da proposta pelo segurador não precisa ser expressa. Admite-se, por exemplo, que tendo emitido o boleto para pagamento do prêmio, presume-se a aceitação.⁷⁴² No caso da norma regulamentar, basta a fluência do prazo de quinze dias.

De fato, a recusa de contratar é inerente ao contrato de seguro. Pode não sê-lo mais em relação a outros contratos de massa – contratos de consumo – o que se confirma, ademais, pelo disposto no artigo 39, incisos II e IX, do CDC.⁷⁴³ Todavia, em relação ao contrato de seguros, trata-se de faculdade do segurador que diz respeito à própria natureza do contrato que, se afinal, orienta-se pela dispersão e homogeneização de riscos, naturalmente deve ter condições de identificar este risco e as condições para sua localização nas carteiras de contratos que mantém. E recusá-lo – recusando a proposta – quando a sua localização nas diversas carteiras administradas não é possível.

O contrato de seguro que se encontre sob a égide do CDC terá de observar duas ordens de limitações. A primeira que decorre do reconhecimento de uma perspectiva social ao contrato de seguro,⁷⁴⁴ ainda que não possa em nenhuma hipótese prejudicar a base econômica do contrato. Ou como prefere a doutrina francesa, a economia do contrato,⁷⁴⁵ que tem em vista, afinal, a preservação do sistema contratual que suporta as diversas contratações individuais que caracterizam o seguro.

Já a segunda diz respeito ao desafio de compatibilização da atividade securitária e de suas práticas contratuais à legislação de proteção do consumidor – assim como se reconhece ao aderente no tocante à interpretação do contrato, mesmo nos seguros que não se caracterizam como relação de consumo. Dentre os temas difíceis desta necessária compatibilização, situa-se a recusa de contratar. Isso porque, no direito do consumidor, pressupõe-se que a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, por si só, impede a posterior recusa de contratar – o que se pode conceber para distintas finalidades, como combater a especulação ou a discriminação de consumidores.

A possibilidade de recusa de contratar é da natureza do contrato de seguro e da necessária seleção e homogeneização de riscos. Todavia, submete-se a limites, como bem definiu a jurisprudência.⁷⁴⁶ Primeiro, que a recusa não se dê em razão de discriminação ilícita, qual seja,

742. STJ, REsp 1.077.911/SP, 3.ª T., j. 04.10.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 14.10.2011.

743. “Artigo 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; (...) IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais.”

744. POLIDO, Walter. A limitação da autonomia privada nas operações de seguros: coletivização dos interesses – nova perspectiva social e jurídica do contrato de seguro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 74, p. 284. São Paulo: RT, abril-junho/2010.

745. PIMONT, Sebastien. *Leconomie du contrat*. Aix-em-Provence: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2004. p. 129 et seq.

746. “Direito civil e securitário. Proposta de seguro de vida. consumidor jovem acometido por leucemia, de que se encontra curado. Seguro oferecido no âmbito da relação de trabalho. Proposta rejeitada pela seguradora, sob a mera fundamentação de doença preexistente. Ausência de apresentação de opções. Dano moral caracterizado. 1. Na esteira de precedentes desta Corte, a oferta de seguro de

aquela não admitida pelo direito vigente, como as que decorrem por critérios de vedados pela Constituição Federal (artigo 3.º, IV e 5.º, *caput*). Segundo, que a regra é a da aceitação da contratação. A recusa é que é excepcional, e por isso admitida apenas em situações limite. Assim o é no caso em que objetivamente o risco seja tão expressivo, a impedir sua dispersão no restante dos contratos da carteira, ou se trate, por exemplo, de um fraudador contumaz conhecido pelo segurador.

Este entendimento, naturalmente que implica na intervenção direta do Estado na liberdade de contratar do segurador, e na própria natureza dos deveres que este, na condição de fornecedor, se expõe ao ofertar seguros no mercado de consumo. O protagonismo de um dever de contratar, ainda que sob diferentes modos de contratação, com variações de coberturas e possíveis cláusulas de exclusão conforme as condições peculiares do segurado, necessita encontrar correspondência na base econômica atuarial que sustenta o contrato e a observância da necessária homogeneização e dispersão dos riscos que o caracterizam.

Por outro lado, a aceitação do contrato se dá com a assinatura da proposta e emissão da apólice, como regra. Todavia, admite-se, segundo os costumes negociais, especialmente nos contratos de consumo, formado validamente o contrato e eficaz, quando tenha o consumidor-segurado pago o prêmio fixado, independente da aceitação expressa do segurador.⁷⁴⁷

2.5.5.4 Cláusulas limitativas da obrigação de indenizar do segurador

Conceitualmente, o contrato de seguro comporta cláusulas limitativas da obrigação de indenizar do segurador que, desde logo, diga-se, não se confundem com as cláusulas limitativas de responsabilidade qualificadas por lei como abusivas e, por isso, nulas de pleno direito, segun-

vida por companhia seguradora vinculada a instituição financeira, dentro de agência bancária, implica responsabilidade solidária da empresa de seguros e do Banco perante o consumidor. 2. Nos dias de hoje a contratação de seguros, seja de saúde, de automóveis ou de vida, é prática cada vez mais comum, integrando o dia a dia das pessoas. Assim, conquanto o direito securitário tenha um notório viés econômico, é inegável que também apresenta um acentuado componente social. Assim, a negativa de aceitar um consumidor na contratação de seguro deve ser regra absolutamente excepcional. 3. Para a manutenção do equilíbrio da carteira de seguros, é importante que a companhia seguradora formule um preço que respeite o correto cálculo atuarial. Consumidores que apresentem grau de risco maior, devem arcar com prêmios mais elevados, ao passo que consumidores cujo risco seja menor, devem poder contratar o seguro a preço mais baixo. 4. Se um jovem foi portador de leucemia, mas apresenta-se clinicamente curado, a pura e simples negativa de contratar seguro de vida é ilícita, violando a regra do artigo 39, IX, do CDC. Diversas opções poderiam substituir a simples negativa, como a formulação de prêmio mais alto ou mesmo a redução da cobertura securitária, excluindo-se os sinistros relacionados à doença preexistente. Rejeitar o consumidor, pura e simplesmente, notadamente em situações em que o seguro é oferecido como consectário do contrato de estágio, gera dano moral. O consumidor, rejeitado pelo seguro, vê sua doença desnecessariamente exposta em seu ambiente de trabalho. 5. O fato de o consumidor não ter cumulado a seu pedido de reparação de dano moral, também um pedido de imposição da assinatura do contrato de seguro, não macula seu direito de se ver indenizado. Não é inusitado que a parte, ofendida pela postura da outra, decida não mais se vincular a ela por contrato, sem prejuízo do desejo de reparação. 6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido." (STJ, REsp 1.300.116/SP, 3.ª T., j. 23.10.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 13.11.2012).

747. Neste sentido: TJRS, ApCiv 70027834878, 6.ª Cam. Civ., j. 26.03.2009, rel. Liege Puricelli Pires; TJRS, ApCiv 70021933924, 6.ª Cam. Civ., j. 09.10.2008, rel. José Aquino Flôres de Camargo; e TJRS, ApCiv 70010954584, 5.ª Cam. Civ., j. 28.04.2005, rel. Leo Lima.

do disposto no artigo 51, inciso I, do CDC. Contudo, não é possível imaginar-se contratos de seguro em relação a riscos universais (seguro em relação a todo e qualquer risco), o que por si só colocar-se-ia em contradição com a própria natureza de mutualidade que caracteriza este contrato. Daí porque é perfeitamente aceitável, consistindo praxe dos contratos de seguro em geral, a delimitação exata da obrigação de indenizar do segurador. Sob a perspectiva dos direitos do consumidor-segurado, o exame destas limitações observam dois critérios para aferição de sua validade. De um lado, a existência de prévia e adequada informação e esclarecimento, portanto na fase pré-contratual.⁷⁴⁸ De outro, não pode perder de vista, a própria causa do contrato de seguro, que é a garantia de interesse legítimo do segurado em relação a riscos predeterminados.⁷⁴⁹ Segundo o regime contratual do CDC, não se pode limitar ou restringir obrigação que integre a própria natureza do contrato. Ou segundo exato conteúdo do artigo 51, § 1.º, II, do CDC, presume-se vantagem exagerada, e por isso abusiva, aquela que “restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual”. Daí porque parece-nos que o cerne para identificação do que sejam limitações admissíveis da obrigação de indenizar do segurador-fornecedor, de modo a não prejudicar sua causa, diz respeito à própria definição legal do contrato (artigo 757 do CC/2002), como garantia de interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados. Da mesma forma, a identificação do risco garantido deve ser precisa, evitando deflagrar um alto nível de conflituosidade por ocasião da identificação do sinistro e reclamação da indenização.⁷⁵⁰

Note-se que, não bastasse a incidência do princípio da boa-fé sobre o contrato, a própria definição legal do Código Civil indica como elemento nuclear para exame de todo o contrato a legitimidade do interesse do segurado. Neste sentido, não são passíveis de seguro, interesses ilícitos ou imorais. Da mesma forma, contudo, a noção de interesse legítimo comporta em si a noção igualmente relevante no presente caso de expectativa legítima, ou seja, da compreensão razoável do segurado-consumidor, mediante a ausência de qualquer óbice expresso do segurador-fornecedor, acerca da garantia a determinados interesses que considera abrangidos pela apólice, e em relação aos quais não se admite que seja surpreendido após a ocorrência do evento danoso, com a negativa de pagamento da indenização em face de exclusão que não tenha sido adequadamente informada ou comprometa a própria causa do contrato.⁷⁵¹ O próprio Código Civil restringe certas limitações admissíveis no contrato de seguro.⁷⁵² E da mesma forma, é a orientação que se percebe da Súmula 402 do STJ: “O contrato de seguro por danos pessoais

748. STJ, REsp 1311407/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma, j. 05.03.2015, DJe 24.04.2015.

749. Para exame da garantia como causa do contrato de seguro, veja-se: PASQUALOTTO, Adalberto. *Contratos nominados II*, p. 66-69; Igualmente: DONATI, Antígono; PUTZOLU, Giovanna Volpe. *Manuale di diritto delle assicurazioni*, 9. ed. Milano: Giuffrè, 2009, p. 111.

750. Neste sentido, vejam-se os exemplos relacionados na obra de: POLIDO, Walter. *Contrato de seguro. Novos paradigmas*. São Paulo: Roncarati, 2010, p. 245 et seq.

751. Assim, por exemplo o entendimento assentado pela Súmula 465, do STJ, de que “Ressalvada a hipótese de efetivo agravamento do risco, a seguradora não se exime do dever de indenizar em razão da transferência do veículo sem a sua prévia comunicação”. Para o tema veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. Ausência de comunicação prévia pelo segurado e agravamento do risco no contrato de seguro: comentários à Súmula 465 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 80. São Paulo: RT, out.-dez./2011, p. 419 et seq.

752. Assim, por exemplo, os artigos 779 e 799, do Código Civil: “Artigo 779. O risco do seguro compreenderá todos os prejuízos resultantes ou consequentes, como sejam os estragos ocasionados para evitar o sinistro, minorar o dano, ou salvar a coisa”. “Artigo 799. O segurador não pode eximir-se ao pagamento do seguro, ainda que da apólice conste a restrição, se a morte ou a incapacidade do

compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão." Observam-se, ademais, precedentes de reconhecer-se em casos nos quais a definição estrita do risco segurado não esteja redigida de forma compreensível ao consumidor-médio, sem conhecimento específico quanto aos termos jurídicos utilizados (vulnerabilidade jurídica), a extensão da cobertura securitária para eventos não abrangidos pela definição técnico-jurídica, como é o caso do preceito que estendeu a cobertura de furto e roubo do veículo, também à situação de extorsão.⁷⁵³ Ou mesmo o que considerou excessivamente restritivo a limitação da cobertura apenas a hipótese de furto qualificado.⁷⁵⁴

Da mesma forma, é bastante discutida na doutrina e jurisprudência a situação de suicídio do segurado na hipótese de seguro de vida, e a negativa de pagamento da indenização ao bene-

segurado provier da utilização de meio de transporte mais arriscado, da prestação de serviço militar, da prática de esporte, ou de atos de humanidade em auxílio de outrem".

753. "(...) Predeterminação de riscos. Cláusula contratual remissiva a conceitos de direito penal (furto e roubo). Segurado vítima de extorsão. Tênuve distinção entre o delito do artigo 157 do CP e o tipo do artigo 158 do mesmo *Codex*. Critério do entendimento do homem médio. Relação contratual submetida às normas do Código de Defesa do Consumidor. Dever de cobertura caracterizado. 4. Firmada pela Corte a quo a natureza consumerista da relação jurídica estabelecida entre as partes, forçosa sua submissão aos preceitos de ordem pública da Lei 8.078/90, a qual elegeru como premissas hermenêuticas a interpretação mais favorável ao consumidor (artigo 47), a nulidade de cláusulas que atenuem a responsabilidade do fornecedor, ou redundem em renúncia ou disposição de direitos pelo consumidor (artigo 51, I), ou desvirtuem direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato (artigo 51, § 1.º, II). 5. Embora a aleatoriedade constitua característica elementar do contrato de seguro, é mister a previsão de quais os interesses sujeitos a eventos confiados ao acaso estão protegidos, cujo implemento, uma vez verificado, impõe o dever de cobertura pela seguradora. Daí a imprescindibilidade de se ter muito bem definidas as balizas contratuais, cuja formação, segundo o artigo 765 do Código Civil, deve observar o princípio da "estrita boa-fé" e da "veracidade", seja na conclusão ou na execução do contrato, bem assim quanto ao "objeto" e as "circunstâncias e declarações a ele concernentes". 6. As cláusulas contratuais, uma vez delimitadas, não escapam da interpretação daquele que ocupa a outra extremidade da relação jurídica, a saber, o consumidor, especialmente em face de manifestações volitivas materializadas em disposições dúbias, lacunosas, omissas ou que comportem vários sentidos. 7. A mera remissão a conceitos e artigos do Código Penal contida em cláusula de contrato de seguro não se compatibiliza com a exigência do artigo 54, § 4.º, do CDC, uma vez que materializa informação insuficiente, que escapa à compreensão do homem médio, incapaz de distinguir entre o crime de roubo e o delito de extorsão, dada sua aproximação topográfica, conceitual e da forma probatória. Dever de cobertura caracterizado. 8. Recurso especial conhecido e desprovido." (STJ, REsp 11.06.827/SP, 4.ª T., j. 16.10.2012, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 23.10.2012). Em sentido contrário, veja-se: STJ, REsp 1.177.479/PR, 4.ª T., j. 15.05.2012, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 19.06.2012.

754. Decidiu o STJ: "(...) II – A relação jurídica estabelecida entre as partes é de consumo e, portanto, impõe-se que seu exame seja realizado dentro do microsistema protetivo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor, observando-se a vulnerabilidade material e a hipossuficiência processual do consumidor. III – A circunstância de o risco segurado ser limitado aos casos de furto qualificado exige, de plano, conhecimentos do aderente quanto às diferenças entre uma e outra espécie de furto; conhecimento esse que, em razão da sua vulnerabilidade, presumidamente o consumidor não possui, ensinando-se, por isso, o reconhecimento da falha no dever geral de informação, o qual constitui, é certo, direito básico do consumidor, nos termos do artigo 6.º, inciso III, do CDC. IV – A condição exigida para cobertura do sinistro – ocorrência de furto qualificado – por si só, apresenta conceituação específica da legislação penal, cujo próprio meio técnico-jurídico possui dificuldades para conceituá-lo, o que denota sua abusividade. (...)" (STJ, REsp 1.293.006/SP, 3.ª T., j. 21.06.2012, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 29.06.2012).

ficiário. Considerando o suicídio um agravamento (para não dizer efetiva realização) do risco pelo segurado, justifica o segurador o não pagamento da indenização. A partir daí, contudo, considerando as múltiplas causas que levam ao suicídio, que não exclusivamente a explícita má-fé do segurado, a jurisprudência definiu entendimento a partir da distinção entre suicídio premeditado e não premeditado, sendo o primeiro causa de exclusão da obrigação de indenizar do segurador e o segundo hipótese em que é devida a indenização, caracterizando-se a situação de “acidente pessoal” prevista em contrato.⁷⁵⁵ O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, tinha pacificada a matéria na linha do entendimento vigente no STF desde os anos 60,⁷⁵⁶ ao editar a Súmula 61 que expressamente refere: “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”. O raciocínio conduz à distinção que considera premeditado o suicídio causado pela má-fé do segurado, que celebra o seguro já com o ânimo de por fim à própria vida, de modo a contemplar financeiramente seus beneficiários. Já o não premeditado é suicídio em que o ânimo do segurado não está presente na celebração do seguro, porém vem a se desenvolver depois, não estando motivado pela outorga de vantagem financeira decorrente da indenização ao beneficiário, mas geralmente, em decorrência de enfermidade ou desequilíbrio mental. Neste sentido, o STJ decidiu recentemente pelo cabimento da indenização inclusive ao tempo da carência, quando não demonstrada premeditação.⁷⁵⁷

Este entendimento jurisprudencial, razoavelmente consolidado, foi desafiado então pela vigência do artigo 798 do Código Civil, que estabelece: “Artigo 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência

755. “Seguro. Suicídio. Acidente. O suicídio não premeditado equipara-se ao acidente, tendo a seguradora o direito de receber a indenização correspondente à morte acidental. Precedentes. Recurso conhecido em parte e provido” (REsp 304.286/SP, 4.ª T., rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 12.03.2002, DJ 06.05.2002 p. 295). No mesmo sentido: “Agravamento regimental. Recurso especial. Seguro de vida. Suicídio não premeditado. Acidente pessoal. Precedentes. Revisão. Matéria de prova. Incidência das Súmulas 05 e 07 do STJ. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte o suicídio não premeditado encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal. Precedentes. Incidência da Súmula 83 do STJ. 2. Com efeito, a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu do contrato de seguro em confronto com os elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas e cláusulas contratuais, o que é defeso nesta fase recursal a teor das Súmulas 05 e 07 desta Corte. 3. Da leitura das razões expandidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, nada havendo a retificar ou acrescentar na decisão agravada, deve esta ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 1047594/RS, 4.ª T., j. 18.08.2009, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 31.08.2009).

756. Assim a Súmula 105 do STF, editada em 1963: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”.

757. “Agravamento regimental no Agravo de instrumento. Seguro. Suicídio. Não premeditação. Responsabilidade da seguradora. Agravo regimental improvido. 1. O suicídio não premeditado ou involuntário, encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal, sendo que é ônus que compete à seguradora a prova da premeditação do segurado no evento, pelo que se considerada abusiva a cláusula excludente de responsabilidade para os referidos casos de suicídio não premeditado. Súmula 83/STJ. Precedentes. 2. “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”. Súmula 105/STF 3. Agravo regimental improvido” (AgRg no Ag 868.283/MG, 4.ª T., j. 27.11.2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ 10.12.2007, p. 380).

inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso⁷⁵⁸, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente". Na hipótese, o parágrafo único do artigo 797 outorga ao segurado direito apenas à devolução do montante da reserva técnica já formada.⁷⁵⁹

Trata-se aqui, de hipótese em que, em nosso entendimento, não prescinde da aplicação da técnica do diálogo das fontes e, por consequência, do exame da legitimidade do interesse do segurado, garantido por intermédio do contrato. Excluir-se simplesmente a indenização, a teor do disposto no artigo 798 remete a um critério temporal arbitrário para impor presunção absoluta de má-fé do segurado (eis a ideia: "quem comete suicídio nos primeiros dois anos do contrato, presume-se que tenha premeditado o ato). Não nos parece adequado este entendimento, seja pela gravidade do interesse em questão em cotejo com o tempo excessivo em que vigora a presunção. Em outros termos: não é razoável que alguém que planeja por fim à própria vida mantenha este desiderato pelo prazo de dois anos. Por outro lado, eis período mais do que suficiente para que o suicídio do segurado, que não o tenha premeditado, decorra de outras causas; como por exemplo, toda a sorte de enfermidades que podem afetar o equilíbrio mental e emocional do segurado. Algumas destas causas, inclusive, passíveis de serem identificadas previa-

758. "Seguro de vida. Prazo de carência. Suicídio não premeditado. Princípio da boa-fé. Aplicabilidade das Súmulas 105/STF e 61/STJ. O planejamento do ato suicida, para fins de fraude contra o seguro, nunca poderá ser presumido. A boa-fé é sempre pressuposta, ao passo que a má-fé deve ser comprovada. A despeito da nova previsão legal, estabelecida pelo artigo 798 do CC/2002, as súmulas 105/STF e 61/STJ permanecem aplicáveis às hipóteses nas quais o segurado comete suicídio. A interpretação literal e absoluta da norma contida no artigo 798 do CC/2002 desconsidera importantes aspectos de ordem pública, entre os quais se incluem a necessidade de proteção do beneficiário de contrato de seguro de vida celebrado em conformidade aos princípios da boa fé objetiva e lealdade contratual" (STJ, REsp 959.618/RS, 3.ª T., j. 07.12.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJe 20.06.2011). "Em sentido contrário, afirmando a plena aplicação dos termos do artigo 798: "Recurso Especial. Contrato de Seguro de Vida. Suicídio. Prazo de carência. Cláusula de incontestabilidade. Artigo 798 do Código Civil. Premeditação. Cobertura devida. 1. Com o advento do Código Civil de 2002, artigo 798, ficou derogado o entendimento jurisprudencial corroborado pelo enunciado da Súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual, 'salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro'. 2. O legislador estabeleceu critério objetivo acerca da cláusula de incontestabilidade, de forma que a seguradora fica isenta do pagamento de indenização se, nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro, ocorrer morte por suicídio, não importando se premeditado ou não. 3. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.076.942/PR, 4.ª T., j. 12.04.2011, rel. Min. João Otávio De Noronha, DJe 06.05.2011).

759. Neste sentido já decidiu o STJ de que não cabe, na hipótese, distinguir-se entre seguro de vida individual e seguro em grupo, para efeito do dever de devolução da reserva técnica pelo segurador: "Recurso especial – Seguro de vida – Suicídio no prazo de carência – Devolução da reserva técnica à beneficiária – Julgamento extra petita – Inocorrência – Consequência jurídica do provimento judicial favorável à pretensão da recorrente – Devolução da reserva técnica prevista no parágrafo único do artigo 797 do CC – Adoção de interpretação restritiva para impor a obrigação apenas nos seguros de vida em grupo – Impossibilidade – Recurso especial não conhecido. I – O Tribunal de origem não proferiu julgamento fora dos limites delineados na petição inicial, mas sim, aplicou o direito à espécie, com a fixação das consequências jurídicas decorrentes dos fatos narrados pelas partes. Precedentes; II – O artigo 797 do Código Civil impõe à seguradora, na hipótese de morte do segurado dentro do prazo de carência, a obrigação de restituir a reserva técnica ao beneficiário, sem apontar, contudo, qualquer ressalva quanto à espécie de seguro, se em grupo ou individual, não se conferindo ao intérprete proceder a uma interpretação restritiva; III – Recurso Especial não conhecido" (REsp 1.038.136/MG, 3.ª T., j. 03.06.2008, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 23.06.2008).

mente à contratação de seguro, mediante exigência de declarações e exames clínicos do segurado. Da mesma forma, é possível, conforme sugere precedente do STJ, distinguir entre a contratação do seguro que é causada pela premeditação do suicídio e a premeditação para o próprio ato suicida, do que se deverá exigir prova do segurador que negar o pagamento da indenização.⁷⁶⁰ Daí não nos parecer adequado pura e simples exclusão, que em dadas situações concretas podem, inclusive, comprometer a própria causa de garantia de interesse legítimos do segurado. E por outro lado, elimina presunção de boa-fé do segurado,⁷⁶¹ e a necessidade de demonstração de alegação pelo segurador-fornecedor, que ao menos em relação aos contratos de seguro que se qualificam como contrato de consumo, contraria preceitos essenciais da proteção contratual do consumidor.⁷⁶²

760. "Recurso Especial. Ação de cobrança. Seguro de vida. Morte do segurado. Suicídio. Negativa de pagamento do seguro ao beneficiário. Boa-fé do segurado. Presunção. Exegese do artigo 798 do Código Civil de 2002. Interpretação literal. Vedação. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Exigência de comprovação de má-fé, na espécie. A premeditação na contratação difere-se da preparação para o ato suicida. Aplicação das súmulas 105/STF e 61/STF na vigência do Código Civil de 2002. Recurso Provido. I. O seguro é a cobertura de evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador. II. A boa-fé – que é presumida – constitui elemento intrínseco do seguro, e é caracterizada pela lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado. III. O artigo 798 do Código Civil de 2002, não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária. IV. O legislador procurou evitar fraudes contra as seguradoras na hipótese de contratação de seguro de vida por pessoas que já tinham a ideia de suicídio quando firmaram o instrumento contratual. V. Todavia, a interpretação literal ao disposto no artigo 798 do Código Civil de 2002, representa exegese estanque, que não considera a realidade do caso com os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável obrigatoriamente aqui, em que se está diante de uma relação de consumo. VI. Uma coisa é a contratação causada pela premeditação ao suicídio, que pode excluir a indenização. Outra, diferente, é a premeditação para o próprio ato suicida. VII. É possível a interpretação entre os enunciados das Súmulas 105 do STF e o 1 desta Corte Superior na vigência do Código Civil de 2002. VIII. *In casu*, ainda que a segurada tenha cometido o suicídio nos primeiros dois anos após a contratação, não há que se falar em excludente de cobertura, uma vez que não restou demonstrada a premeditação do próprio ato suicida. IX. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1.077.342/MG, 3.ª T., j. 22.06.2010, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 03.09.2010).

761. Daí o entendimento do TJRS: "Apelação cível. Seguro de vida. Suicídio cometido nos dois primeiros anos do início da vigência do contrato. Artigo 798 do Código Civil. Prova. Premeditação. Presunção da boa-fé. Garantia dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 1. Ocorrendo suicídio do segurado nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro, não será devida a indenização se for comprovado, de forma inequívoca, que houve premeditação. 2. Segundo se estabeleceu doutrinariamente, a boa-fé deve ser presumida, enquanto que a má-fé necessita ser demonstrada satisfatoriamente, para operar os seus efeitos legais. Apelo não provido. 3. Termo a quo da correção monetária. Data da apólice. Precedente do STJ. 4. Negaram provimento ao apelo. Unânime" (TJRS, ApCiv 70020295572, 6.ª Câm. Civ., j. 10.12.2009, rel. Des. Luis Augusto Coelho Braga). No mesmo sentido: "Apelação cível. Seguros. Seguro de vida em grupo. Suicídio. Inaplicabilidade do artigo 798 do CC. Ausência de má-fé na contratação. Premeditação não demonstrada. Ainda que o segurado tenha se suicidado nos primeiros dois anos após a contratação, não há falar em excludente de cobertura, uma vez que não restou demonstrada a premeditação do suicídio com o objetivo de favorecimento da esposa e filhos após a sua morte. Interpretação do artigo 798 do CC em consonância com a Súmula 105 do STF e Súmula 61 do STJ. Indemonstrada a má-fé do segurado no momento da contratação, mantido o dever de indenizar. Precedentes jurisprudenciais. Apelo desprovido" (TJRS, ApCiv 70029043940, 5.ª Câm. Civ., j. 23.09.2009, rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho).

762. Recurso especial. Seguro de vida. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Ausência de prequestionamento. Suicídio não premeditado. Acidentes pessoais. Os

Outra situação que merece destaque diz respeito à exclusão da obrigação de indenizar danos decorrentes de acidente automobilístico ou mesmo de morte (seguro de vida), no qual o segurado ou terceiro de posse de automóvel segurado se encontrava embriagado. Sem fazer todas as digressões que o tema suscita, retornamos ao cerne da compreensão do contrato de seguro a partir de sua causa: a garantia de interesses legítimos do segurado em relação a riscos predeterminados. Neste sentido, não se há de considerar sobre o tema resposta unívoca. É certo que o comportamento do condutor do veículo ao dirigir sob o efeito de bebida alcoólica caracteriza agravamento do risco inerente a esta atividade. Contudo, mesmo em outras áreas do direito, é complexa a discussão sobre o caráter doloso ou culposo do condutor ao se embriagar, assim como da presença do nexo de causalidade entre o comportamento em questão e o sinistro.⁷⁶³ Não há se falar, em termos razoáveis, da mesma forma, em premeditação ou agravamento intencional do risco.⁷⁶⁴ E esta é a disciplina do artigo 768 do Código Civil: "Artigo 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato".

embargos de declaração são corretamente rejeitados quando o acórdão recorrido aprecia os temas levantados pelas partes, não havendo omissão, contradição ou obscuridade. O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito essencial para admissibilidade do recurso especial. O suicídio não premeditado à época da contratação do seguro deve ser considerado abrangido pelo conceito de acidente para fins de seguro. Recurso conhecido em parte e não provido (STJ, REsp 472.236/RS, 3.ª T., j. 15.05.2003, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23.06.2003, p. 361). No mesmo sentido: "Processual civil. Embargos de declaração. Súmula 07 do STJ. Não incidência. Seguro de vida. Suicídio. Súmula 61 do STJ. Efeitos modificativos. 1. 'O suicídio não premeditado à época da contratação do seguro deve ser considerado abrangido pelo conceito de acidente para fins de seguro' (REsp 472.236/RS, 3.ª T., Min. Nancy Andrighi, DJ 23.06.2003). 2. Tendo em conta que, na hipótese vertente, a seguradora não fez prova de que o marido da autora já havia premeditado o suicídio quando realizou o contrato de seguro, deve ser aplicado irrestritamente o Enunciado 61 da Súmula do STJ, in verbis: 'O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado'. 3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer do agravo de instrumento e, desde logo, dar provimento ao recurso especial, restabelecendo a sentença" (STJ, EDcl no AgRg no Ag. 545.475/MG, 4.ª T., j. 02.10.2008, rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF-1.ª Região), Dje 03.11.2008).

763. "Seguro. Embriaguez. Exclusão. Cobertura. Verificação. Matéria fática. Cláusula contratual. Descabimento. I. A embriaguez, por si só, não constitui causa de exclusão da cobertura seguratória, sendo necessária a prova de que o agravamento de risco dela decorrente influiu, decisivamente, na ocorrência do sinistro. Precedentes. II. A via especial não se presta à análise de matéria fática e de cláusula contratual, o que incide no óbice das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. Agravo improvido" (STJ, AgRg no REsp 637.240/SC, 3.ª T., j. 10.08.2006, rel. Min. Castro Filho, DJ 11.09.2006).

764. "Recurso especial. Ação de cobrança. Seguro de automóvel. Sujeição à lei consumerista. Embriaguez de terceiro condutor (filho do segurado) como causa determinante do sinistro. Fato não imputável a conduta do segurado. Exclusão da cobertura. Impossibilidade. Recurso conhecido e provido. I. A perda do direito à indenização deve ter como causa a conduta direta do segurado que importe num agravamento, por culpa ou dolo, do risco objeto do contrato; II. A presunção de que o contratante-segurado tem por obrigação não permitir que o veículo-segurado seja conduzido por pessoa em estado de embriaguez é válida e esgota-se, efetivamente, até a entrega do veículo a terceiro; III. Inexiste nos autos qualquer menção de que, na oportunidade em que o segurado entregou o veículo ao seu filho, este já se encontraria em estado de embriaguez, caso em que se poderia, com razão, cogitar em agravamento direto do risco por parte do segurado. Aliás, considerando que o contrato de seguro sujeita-se ao Código de Defesa do Consumidor, o ônus da prova acerca de tal demonstração incumbiria à Seguradora, que, como visto, nada produziu nesse sentido; IV. Recurso Especial conhecido e provido" (STJ, REsp 1097758/MG, 3.ª T., j. 10.02.2009, rel. Min. Massami Uyeda, Dje 27.02.2009).

Daí parece-nos, uma vez mais, situação que merece exame in concreto, cabendo a demonstração da intenção de agravamento do risco pelo segurado, como de resto o exige a incidência do artigo 768 do Código Civil,⁷⁶⁵ sobretudo em vista de que o comportamento do consumo de bebidas alcoólicas, embora prejudicial, é socialmente aceito e – por vezes – estimulado.⁷⁶⁶ É demasiado, a nosso ver, associar o comportamento de consumir bebidas alcoólicas com a intenção de agravamento do risco, que se vincula, em verdade, ao conceito de má-fé. Daí porque se conduzir, simplesmente, à exclusão da garantia segurada, de modo genérico, a toda evidência prejudica a causa contratual de garantia a interesse legítimo, próprio do contrato de seguro. Ademais porque, a rigor, o comportamento em questão pode ser identificado pelo segurador, mediante as declarações prestadas pelo segurado por ocasião da contratação do seguro (cláusula-perfil).

O prazo para o exercício de pretensões decorrentes do descumprimento do contrato de seguro é previsto pelo artigo 206, § 1.º, inciso II, que disciplina a prescrição tanto do segurado contra o segurador, quanto deste contra aquele, contado o prazo: “a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão”. O entendimento dominante, assim, é de que aplica-se este prazo específico e não o prazo por fato ou vício do serviço do CDC, mesmo quando se trate de contrato de consumo.⁷⁶⁷ Contudo, essa

765. “Direito civil. Contrato de seguro. Acidente pessoal. Estado de embriaguez. Falecimento do segurado. Responsabilidade da seguradora. Impossibilidade de elisão. Agravamento do risco não comprovado. Prova do teor alcoólico e sinistro. Ausência de nexo de causalidade. Cláusula liberatória da obrigação de indenizar. Artigos 1.454 e 1.456 do Código Civil de 1916. 1. A simples relação entre o estado de embriaguez e a queda fatal, como única forma razoável de explicar o evento, não se mostra, por si só, suficiente para elidir a responsabilidade da seguradora, com a consequente exoneração de pagamento da indenização prevista no contrato. 2. A legitimidade de recusa ao pagamento do seguro requer a comprovação de que houve voluntário e consciente agravamento do risco por parte do segurado, revestindo-se seu ato condição determinante na configuração do sinistro, para efeito de dar ensejo à perda da cobertura securitária, porquanto não basta a presença de ajuste contratual prevendo que a embriaguez exclui a cobertura do seguro. 3. Destinando-se o seguro a cobrir os danos advindos de possíveis acidentes, geralmente oriundos de atos dos próprios segurados, nos seus normais e corriqueiros afazeres do dia-a-dia, a prova do teor alcoólico na concentração de sangue não se mostra suficiente para se situar como nexo de causalidade com o dano sofrido, notadamente por não exercer influência o álcool com idêntico grau de intensidade nos indivíduos. 4. A culpa do segurado, para efeito de caracterizar desrespeito ao contrato, com preavalecimento da cláusula liberatória da obrigação de indenizar prevista na apólice, exige a plena demonstração de intencional conduta do segurado para agravar o risco objeto do contrato, devendo o juiz, na aplicação do artigo 1.454 do Código Civil de 1916, observar critérios de equidade, atentando-se para as reais circunstâncias que envolvem o caso (artigo 1.456 do mesmo diploma). 5. Recurso especial provido” (REsp 780.757/SP, 4.ª T., j. 01.12.2009, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 14.12.2009).

766. Em sentido diverso, mencione-se o seguinte precedente do STJ: “Civil. Seguro de vida. Embriaguez. A cláusula do contrato de seguro de vida que exclui da cobertura do sinistro o condutor de veículo automotor em estado de embriaguez não é abusiva; que o risco, nesse caso, é agravado e resulta do senso comum, retratado no dito “se beber não dirija, se dirigir não beba”. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 973.725/SP, 3.ª T., j. 26.08.2008, rel. Min. Ari Pargendler, DJe 15.09.2008).

767. “Civil. Recurso especial. Ação declaratória de restabelecimento de contrato de seguro. Prescrição. Inocorrência. 1. O recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado não merece ser conhecido. Inteligência da Súmula 283 do STF 2. Para a pretensão de cobrança do seguro, é inaplicável o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no CDC, pois não se trata de vício ou defeito do serviço e sim de inadimplemento contratual.

regra especial do Código Civil vem recebendo da jurisprudência uma interpretação em acordo com as disposições do CDC, de modo que observam-se decisões, especialmente do STJ, no sentido de interpretar o modo de contagem do prazo de acordo com as circunstâncias do caso e a efetiva possibilidade do consumidor de exercer a pretensão contra o segurador. É este o caso no qual se considera não iniciada a fluência do prazo prescricional da ação pelo fato do segurador não ter entregue a apólice ao segurado, dever do fornecedor segundo o CDC (artigo 46), cujo não atendimento foi qualificado como espécie de condição suspensiva.⁷⁶⁸

2.5.6 Contratos de consórcio

Contratos de consórcio constituem-se como modelo de contrato de outorga de crédito, razão pela qual têm por objeto o fornecimento de serviços financeiros, a fim de promover a aquisição de produtos ou serviços por consumidores, no qual a administradora do consórcio é fornecedora de crédito, e o adquirente do produto ou serviço, em geral destinatário final do mesmo, é o consumidor. Como regra, os contratos de consórcio estão sob a incidência do CDC, salvo exceções em que o adquirente não seja o destinatário final do produto ou serviço adquirido por intermédio deste contrato. A estrutura do contrato se dá pelo pagamento pelo consumidor à administradora do consórcio, de uma contribuição mensal a ser revertida em favor de

3. A prescrição da pretensão do segurado contra o segurador para discutir o reajuste dos prêmios mensais é ânua, também não sendo o caso de aplicação do CDC. 4. O artigo 176, § 6.º, II, do Código Civil (atual artigo 206, § 1.º, II, do CC/2002) não faz qualquer distinção quanto às ações sujeitas à prescrição, importando apenas, na melhor exegese da norma, que a demanda tenha por fundamento o contrato de seguro. Contudo, o STJ já reconheceu que ações meramente declaratórias são imprescritíveis. 5. Na hipótese, a tutela pleiteada pelo autor recorrido e concedida pela sentença, que foi confirmada pelo Tribunal de origem, tem natureza meramente declaratória e, consequentemente, não está sujeita à prescrição ânua do artigo 206, § 1.º, II, do CC/02. 6. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 1.084.474/MG, 3.ª T., j. 04.10.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 11.10.2011). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1458717/SC, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª T., j. 16.06.2015, DJe 24.06.2015.

768. "Prazo Prescricional. Seguro de vida. Contrato celebrado por telefone. Ação do segurado contra o segurador. Termo inicial. Data da remessa da apólice ao segurado. Impossibilidade, na espécie, de fixar o termo inicial na data em que o segurado tomou ciência da recusa da seguradora ao pagamento da indenização. Condição suspensiva. 1. Deve ser remetida cópia da apólice contratada ao segurado, ainda que a celebração do contrato tenha se dado por via telefônica. Conforme determina o artigo 6.º, III, do CDC, o fornecedor ou prestador de serviços tem o dever de informar devidamente o consumidor sobre os termos do contrato oferecido, prestando os esclarecimentos necessários para a perfeita compreensão quanto aos direitos e obrigações deles oriundas, especialmente quando a contratação é feita por telefone. 2. O prazo prescricional de um ano não deve ser contado a partir da concisa recusa da seguradora, mas sim da data em que a seguradora atendeu à solicitação formulada pelo segurado a fim de que lhe fosse remetida cópia da apólice que celebrou por telefone, necessária à exata compreensão das razões que levaram à negativa de indenização. Em face do disposto no artigo 199, I, do CC/2002, não há prescrição da ação de recebimento de indenização, pois, ao reter impropriamente a apólice solicitada pelo segurado, a própria seguradora deu causa à condição suspensiva. 3. A procrastinação da seguradora no que diz respeito à entrega de cópia da apólice ao segurado não pode lhe trazer benefícios, levando o consumidor de boa-fé à perda de seu direito de ação. É preceito consuetudinário, com respaldo na doutrina e na jurisprudência, que a parte a quem aproveita não pode tirar proveito de um prejuízo que ela mesma tenha causado. 4. Recurso especial a que se nega provimento" (STJ, REsp 1.176.628/RS, 3.ª T., j. 16.09.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 04.10.2010).

um fundo de recursos comuns de todo um grupo de consorciados, e cuja utilização, nos termos ajustados no contrato, por intermédio de um sistema de sorteios e lances periódicos, o fornecimento de carta de crédito no valor do produto ou serviço para sua aquisição junto a outro fornecedor, este dos produtos ou serviços desejado pelo consumidor. Sendo o consorciado sorteado ou tendo feito jus à carta de crédito mediante lance, uma vez adquirido o produto, o mesmo poderá submeter-se a alienação fiduciária ou reserva de domínio em favor da administradora do consórcio, até o adimplemento integral do valor do contrato pelo consumidor.

Recentemente, a Lei 11.795/2008, regulou o sistema de consórcio, tendo seu artigo 2.º definido o consórcio como “reunião de pessoas naturais e jurídicas em grupo, com prazo de duração e número de cotas previamente determinados, promovida por administradora de consórcio, com a finalidade de propiciar a seus integrantes, de forma isonômica, a aquisição de bens ou serviços, por meio de autofinanciamento.” Da mesma forma, definiu o grupo de consórcio como espécie de sociedade não personificada, constituída para os fins de autofinanciamento da aquisição de bens e serviços, autônomo, e dotado de patrimônio próprio decorrente da contribuição dos consorciados. Refere igualmente, que compete à administradora de consórcio a representação do grupo (artigo 3.º, § 1.º). Há inegáveis vantagens com o regime legal dos consórcios instituído pela nova legislação. Especialmente no que se refere à separação absoluta do fundo formado pelo grupo de consórcio e o de outros grupos ou da própria administradora, inclusive com a separação dos respectivos registros contábeis (artigo 3.º, §§ 3.º e 4.º e artigo 5, § 5.º, da Lei 11.795/2008). Algumas outras questões, contudo, devem ser observadas com certa preocupação, dentre as quais a da possibilidade de aquisição por intermédio do sistema de consórcios, de serviços diversos, expandindo com certo exagero este modelo contratual vocacionado, ao longo do tempo, para fomentar o acesso à aquisição de bens duráveis. Neste sentido, são lembrados como passíveis de aquisição com o crédito formado por intermédio do sistema de consórcio, viagens turísticas ou o custeio de intervenções cirúrgicas meramente estéticas, o que pode ser identificado como hipóteses que vão na direção contrária dos esforços de educação para o consumo racional e prevenção do superendividamento. Os contratos de consórcio de sua vez, devem ser oferecidos ao consumidor pela administradora de consórcio. Contudo, se na hipótese houver a utilização de terceiro comerciante, que utiliza da sua estrutura comercial para o oferecimento desta modalidade contratual para aquisição de produtos ou serviços, é de reconhecer-se com fundamento na teoria da aparência, sua responsabilidade solidária junto com a administradora, em face das obrigações contratuais eventualmente assumidas, ou os danos suportados pelo consumidor.⁷⁶⁹

2.5.6.1 Características do contrato de consórcio

O artigo 10 da Lei 11.795/2008, definiu contrato de participação em grupo de consórcio como espécie de contrato por adesão, “o instrumento plurilateral de natureza associativa cujo escopo é a constituição de fundo pecuniário para as finalidades previstas no artigo 2.º.” Da mesma forma, seu § 1.º dispõe que “O contrato de participação em grupo de consórcio, por

769. “Processual civil. Consórcio. Teoria da aparência. Legitimidade passiva reconhecida. A empresa que, segundo se alegou na inicial, permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era responsável pelo empreendimento consorcial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos. Recurso conhecido e provido” (STJ, RESP 139.400/MG, 4.ª T., j. 03.08.2000, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 25.09.2000).

adesão, criará vínculos obrigacionais entre os consorciados, e destes com a administradora, para proporcionar a todos igual condição de acesso ao mercado de consumo de bens ou serviços". A contratação ocorre com a aceitação da proposta da administradora de consórcio pelo consorciado, sendo aperfeiçoado mediante a constituição do grupo, por ocasião da primeira assembleia dos consorciados (artigo 16). Dentre outros deveres que a Lei 11.795/2008 estabelece à administradora do consórcio, está a de informar, de forma clara, as garantias exigidas para a utilização do crédito pelo consorciado, visando assegurar-se do pagamento das parcelas vincendas. De regra, caracterizando-se o contrato de consórcio como espécie de contrato de consumo, é de todo evidente que se caracteriza como contrato de outorga de crédito, de modo que o dever de informar do fornecedor (administradora de consórcio), deve atender ao disposto no artigo 52, e às informações que deve repassar ao consumidor. Da mesma forma, uma vez contemplado pelo consórcio, faz jus o consorciado à utilização do valor do crédito para a aquisição do produto ou serviço indicado no contrato. Neste caso, não utilizando imediatamente o valor, o consorciado fará jus, pelo tempo em que o crédito já estiver a sua disposição, porém sem utilização, aos rendimentos financeiros de sua aplicação pela administradora de consórcio.

2.5.6.2 Equilíbrio econômico do contrato de consórcio e o direito do consumidor

A administradora de consórcios é a fornecedora do serviço de formação, organização e administração dos grupos de consórcio contratados pelos consumidores consorciados. Trata-se de serviço remunerado pela taxa de administração paga pelo consumidor-consorciado à administradora. A taxa de administração constitui a remuneração da administradora de consórcios, razão pela qual não poderá ser acrescida de outros encargos que não o valor da retribuição econômica ao fornecedor pela prestação do serviço.⁷⁷⁰ Da mesma forma, note-se que o Decreto federal 70.951/72, em seu artigo 42, *caput*, estabelece: "Art 42. As despesas de administração cobradas pela sociedade de fins exclusivamente civis não poderão ser superiores a doze por cento (12%) do valor do bem, quando este for de preço até cinquenta (50) vezes o salário-mínimo local, e a dez por cento (10%) quando de preço superior a esse limite." E da mesma forma dispõe o § 1.º deste mesmo artigo: "§ 1.º As associações civis de fins não lucrativos e as sociedades mercantis, que organizarem consórcio para aquisição de bens de seu comércio ou fabrico, somente poderão cobrar as despesas de administração efetiva e comprovadamente realizadas com a gestão do consórcio, no máximo até à metade das taxas estabelecidas neste artigo." A princípio, a limitação do percentual da taxa de administração é possível mediante norma regu-

770. "Direito civil e do consumidor. Contrato de consórcio para aquisição de veículo. CDC. Incidência. Taxa de administração. Juros remuneratórios embutidos. Abusividade. Aplica-se o CDC aos negócios jurídicos realizados entre as empresas administradoras de consórcios e seus consumidores-consorciados. Precedentes. À taxa de administração de consórcios não podem ser embutidos outros encargos que não aqueles inerentes à remuneração da administradora pela formação, organização e administração do grupo de consórcio (artigo 12, § 3.º, da Circular do BACEN n. 2.766/97). Se houver cláusula contratual que fixe a taxa de administração em valor que exceda ao limite legal previsto no artigo 42 do Dec. 70.951/72, estará caracterizada a prática abusiva da administradora de consórcio, o que impõe a exclusão do percentual que sobejar ao estipulado na referida Lei. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido" (STJ, REsp 541.184/PB, 3.ª T., j. 25.04.2006, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 20.11.2006).

lamentar. Todavia, em qualquer caso, identificando-se manifesta desproporção no valor cobrado pela administradora de consórcio, poderá ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.⁷⁷¹

Por outro lado, o artigo 27, § 3.º, da Lei 11.795/2008, faculta à administradora de consórcios antecipar parte da remuneração a que tem direito a título de taxa de administração, visando ao pagamento de despesas imediatas vinculadas à venda de cotas de grupo de consórcio e remuneração de representantes e corretores. Esta permissão legal representa um adiantamento de valores ao fornecedor pelo serviço para custeio de sua atividade inicial de formação dos grupos de consórcio, devendo ser deduzido da taxa de administração devida pelo consorciado ao longo da duração do contrato. Contudo, observe-se que qualquer antecipação, e mesmo quando esta não ocorra, qualquer espécie de obrigação do consumidor-consorciado em relação à administradora de consórcios ou a terceiros, deve ser informado previamente, a teor do que dispõe o artigo 46 do CDC, sob pena de não vincular o consumidor aos termos do ajuste.

2.5.6.3 *Da resolução do contrato por desistência ou inadimplemento do consorciado*

O contrato de participação em grupo de consórcio pode ser resolvido por desistência ou inadimplemento do consumidor. Neste caso, o CDC, em seu artigo 53, § 2.º, estabelece que “Nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo”. Da mesma forma, o artigo 30 da Lei 11.795/2008, refere que “O consorciado excluído não contemplado terá direito à restituição da importância paga ao fundo comum do grupo, cujo valor deve ser calculado com base no percentual amortizado do valor do bem ou serviço vigente na data da assembleia de contemplação, acrescido dos rendimentos da aplicação financeira a que estão sujeitos os recursos dos consorciados enquanto não utilizados pelo participante (...)”. A incidência da norma, deste modo, caracteriza como nula a cláusula contratual que eventualmente estabeleça perda total das prestações na hipótese de inadimplemento, e mais do que isso, nulidade também da disposição contratual cujo valor, ou modo de cálculo, ultrapasse o necessário à compensação dos valores indicados na legislação.

Uma distinção fundamental, contudo, deve ser feita. Se a desistência ou inadimplemento do consumidor deu-se antes ou depois de ter sido contemplado, passando a ter posse do bem ao qual o consórcio está vinculado. A rigor, já tendo sido contemplado, a aplicação das normas regulamentadoras do contrato de consórcio cede àquelas relativas ao contrato estabelecido para aquisição do bem, seja a alienação fiduciária, a compra e venda com reserva de domínio.⁷⁷² Em

771. “*Consórcio de bens imóveis. Devolução das parcelas pagas. Taxa de administração.* 1. A devolução das parcelas pagas deve obedecer ao que assentado na jurisprudência para o consórcio de automóveis, ou seja, far-se-á até trinta dias após o encerramento do plano, correndo os juros dessa data e a correção monetária de cada desembolso. 2. Não havendo regra específica limitando os valores da taxa de administração, diversamente do que ocorre no consórcio de automóveis, deixada para o contrato, a modificação deste somente caberia em caso de abuso, despropósito ou falta de moderação, o que não ocorre neste feito. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte” (STJ, REsp 612.438/RS, 3.ª T., j. 07.03.2006, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 19.06.2006).

772. “*Civil. Recurso especial. Ação de cobrança movida por consórcio para obtenção da diferença não coberta pela venda de automóvel alienado fiduciariamente. Bem que se encontrava na posse direta do consumidor à época do inadimplemento. Reconvenção. Alegação de cobrança indevida, pois o artigo 53 do CDC garante ao consorciado a devolução dos valores pagos em caso de desistência do negócio. Análise do al-*

qualquer caso, todavia, será protegido o direito do consumidor ao equilíbrio das prestações. Da mesma forma, anote-se que a caracterizar-se a alienação fiduciária do bem – nesta hipótese – há predominância das normas dispostas no Decreto 911/69, tendo sido afastado, contudo, a equiparação do consumidor alienado fiduciariamente a depositário, e no caso de inadimplemento, depositário infiel, em face do entendimento recentemente consolidado pelo STF por intermédio da Súmula vinculante n. 25 que estabelece: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. A desistência do consumidor-consorciado, por outro lado, embora deva respeitar a necessidade de compensar tanto o ganho que este obteve com a fruição do bem (na hipótese em que já tenha sido contemplado), quanto os prejuízos que causar ao grupo, não pode ser manejada de modo a criar obstáculo ao exercício do direito legítimo de exclusão do grupo. Cabe ao administrador do consórcio, na qualidade de fornecedor remunerado, organizar e administrar os grupos de consórcio, demonstrar a existência e quantificação destes prejuízos. Daí porque o artigo 28, da Lei 11.795/2008, deve ser interpretado com esta finalidade reconhecida à retenção de valores do fundo na hipótese de desistência ou inadimplemento do consumidor. Estabelece o artigo 28 que: “Artigo 28. O valor da multa e de juros moratórios a cargo do consorciado, se previstos no contrato de participação em grupo de consórcio, por adesão, será destinado ao grupo e à administradora, não podendo o contrato estipular para o grupo percentual inferior a 50% (cinquenta por cento)”. Da referência à multa infira-se cláusula penal. Esta observa duas finalidades básicas no direito contratual: desestimular o inadimplemento e pré-estimar danos e prejuízos do credor. Daí porque deve ser interpretado com reservas o artigo relativo à repartição da multa, porquanto embora estabeleça o limite mínimo de 50% a ser revertido em favor do fundo comum do grupo de consórcio, a proteção do equilíbrio do contrato há de estimar esta parcela em índice ainda maior, especialmente considerando a finalidade de pré-estimativa dos prejuízos do grupo de consórcio, o que é estabelecido por lei. Por outro lado, note-se que a jurisprudência do STJ vem afirmando que a cobrança da multa está condicionada à efetiva demonstração do prejuízo.⁷⁷³

cança de tal artigo em consonância com o regramento específico do Decreto-lei n. 911/69. Peculiaridades da espécie. É por demais conhecida a jurisprudência do STJ no sentido de que o artigo 53 do CDC fundamenta, em certas relações jurídicas – como as relativas a compromisso de compra e venda de imóvel e, em alguns casos, o próprio consórcio – a devolução das parcelas pagas pelo consumidor, apenas com uma retenção relativa a custos de administração e eventuais indenizações. Ocorre que, no âmbito dos consórcios, essa discussão tem sido posta quando a desistência do consumidor se dá antes de que este passe a ter a posse do bem. Na presente hipótese, ao contrário, é fato incontroverso que o consorciado foi contemplado logo no início do plano, tendo feito uso do automóvel alienado fiduciariamente durante quase três anos. Tal fato provoca, necessariamente, uma mudança de perspectiva na discussão. O tema da alienação fiduciária se sobrepõe, no estado em que a lide se encontra, ao tema do consórcio. Com efeito, se é admitida aquela operação de crédito no âmbito deste plano e o consumidor já usufruiu do bem, as regras predominantes em caso de posterior inadimplemento devem ser as relativas ao Decreto-lei n. 911/69. Haveria indistigível desequilíbrio se fosse dado ao consumidor o direito à restituição integral do quanto pago após quase três anos de uso de um bem que, particularmente, sofre forte depreciação com o tempo. Recurso especial ao qual se nega provimento” (REsp 997.287/SC, 3.ª T., j. 17.12.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 02.02.2010).

773. “*Consórcio. Ação de restituição de parcelas pagas. Redutor. Artigo 53, § 2.º, do CDC. Prova do prejuízo. Ônus da administradora. Correção monetária. Índice aplicável. I. A possibilidade de se descontar dos valores devidos percentual a título de reparação pelos prejuízos causados ao grupo (artigo 53, § 2.º, CDC) depende da efetiva prova do prejuízo sofrido, ônus que incumbe à administradora do consórcio. II. A atualização monetária das parcelas a serem restituídas deve ser realizada com base em índice que melhor reflita a desvalorização da moeda, o que não corresponde à variação do valor do bem objeto do consórcio. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 871.421/SC, 3.ª T., j. 11.03.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 01.04.2008).*

2.5.7 *Contratos de previdência complementar privada*

Os contratos de previdência complementar privada têm crescido em importância no Brasil, especialmente em face da notória incapacidade do sistema público de previdência social fazer frente ao pagamento de benefícios de aposentadoria dignos e suficientes para os trabalhadores, após longo período de contribuição. Neste sentido, é correto identificar inclusive uma espécie de estímulo estatal à contratação pelos trabalhadores em geral de previdência privada complementar, junto a empresas privadas ou mesmo a partir da auto-organização de categorias profissionais em entidades com esta finalidade, visando à formação de reserva necessária para suprir suas remunerações após a aposentadoria. Neste sentido é o recente esforço legislativo no sentido de regulamentar o setor, e os contratos de previdência privada, do que resultou a Lei complementar 109/2001, que dispõe sobre o sistema de previdência complementar.

O contrato de previdência complementar privada é contrato de consumo, uma vez que apresenta os traços distintivos que caracteriza as relações de consumo. Neste sentido, note-se que são oferecidos pelo fornecedor, no exercício de atividade profissional e especializada no mercado de consumo, contratados mediante remuneração, sendo contratante pessoa natural destinatária final ela própria (participante), ou terceiros que indique como titulares do benefício decorrente da prestação da entidade de previdência (assistidos). Este, aliás, era o entendimento do STJ ao editar a Súmula 321, em 2005, referindo que: “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”. Note-se, contudo, que as entidades de previdência complementar, segundo dispõe a Lei Complementar 109/2001, distinguem-se em entidades fechadas e abertas. Entidades fechadas são aquelas acessíveis exclusivamente a empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os quais serão considerados como patrocinadores, e a associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, as quais denominam-se instituidores (artigo 31). Estas entidades fechadas não podem oferecer outros serviços que não o plano de benefícios de previdência privada (artigo 32, parágrafo único). Por outro lado, as entidades abertas são aquelas constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e que tenham por objetivo “instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas” (artigo 36). Da mesma forma, admite-se que seguradoras que ofereçam exclusivamente seguros de vida possam ser autorizadas a operar com planos de benefícios. A fiscalização e regulação das entidades fechadas e abertas, da mesma forma, são realizadas por órgãos distintos, até que seja criado órgão regulador previsto na Lei Complementar 109/2001. Em relação às entidades fechadas terá competência o Ministério da Previdência Social, por intermédio da Superintendência Nacional de Previdência Complementar, autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, criada pela Lei 12.154/2009, com competência para fiscalização e de supervisão “das atividades das entidades fechadas de previdência complementar e de execução das políticas para o regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas de previdência complementar” (artigo 1.º, parágrafo único). Em relação às entidades abertas, é titular de competência o Ministério da Fazenda, por intermédio da Superintendência dos Seguros Privados (SUSEP).⁷⁷⁴

774. “Artigo 74. Até que seja publicada a lei de que trata o artigo 5.º desta Lei Complementar, as funções do órgão regulador e do órgão fiscalizador serão exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar

Esta distinção entre entidades fechadas e abertas veio a suscitar dúvida sobre eventuais limites da aplicação do CDC a tais entidades. Embora quanto à caracterização como relação de consumo das entidades abertas não haja dúvida, porquanto, inclusive, atuam livremente no mercado de consumo mediante oferta e contratação dos serviços, alguma dúvida pode haver em relação às entidades fechadas, as quais pressupõem a existência de um vínculo anterior entre o participante e o patrocinador ou instituidor do plano, o que autorizaria remissão da relação jurídica contratual à relação original, de natureza trabalhista, estatutária ou associativa. Nesta mesma linha de entendimento, constitui reforço a este argumento a circunstância dos serviços da entidade fechada não serem oferecidos livremente no mercado, senão mediante a existência de vínculo específico que reúna um determinado grupo de participantes. São, indiscutivelmente, sólidos os argumentos a sustentar a distinção. Não se perca de vista, todavia, que não se altera, em relação às entidades fechadas, a vulnerabilidade do participante (seja ele indicado como consumidor *standard* ou não), observada também em relação às entidades abertas. Daí porque, mesmo na hipótese em que se admita o caráter peculiar das entidades fechadas, a fornecer elementos para descaracterizar a relação de consumo típica, não se elimina a incidência do regime de proteção do beneficiário/participante pelo CDC, com fundamento na definição de consumidor equiparado prevista em seu artigo 29. Este artigo estende a proteção contratual do consumidor a todas as pessoas expostas às práticas de mercado referidas na lei (artigos 30 a 54), hipótese na qual, é de todo evidente, situa-se participante contratante com as entidades fechadas. O reconhecimento da relação de previdência privada como relação de consumo determina, dentre outros efeitos da aplicação do CDC, a competência para discutir o conteúdo do contrato do domicílio do consumidor, afastando⁷⁷⁵ outras regras de competência, ainda quando

tar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda, por intermédio do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) e da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), em relação, respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas”.

775. “*Conflito negativo de competência. Previdência privada. Ação objetivando complementação de aposentadoria. Execução. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Foro do domicílio do autor.* I. Com a edição da Súmula 321 desta Corte, não resta mais dúvida de que “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes” (DJ 05.12.2005, p. 410). II. Cuida-se de contrato típico de adesão, em cujo âmbito a jurisprudência repele a eficácia da cláusula de eleição de foro, na medida em que, via de regra, incidiria sua aplicação em detrimento do consumidor, havido como hipossuficiente na relação estabelecida. III. Legítima a opção do beneficiário do plano de previdência privada em litigar no foro do seu domicílio, objetivando complementação da aposentadoria, conforme lhe autoriza o artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. IV. Incide, na espécie, a regra geral prevista no artigo 575, II, do CPC, no sentido de que a execução de título judicial deve ter seu curso perante o Juízo prolator da sentença. V. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo suscitante, qual seja, o da 12.ª Vara Cível de Santos/SP” (STJ, CComp 78.765/SP, 2.ª Seção, j. 26.03.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 07.04.2008). No mesmo sentido: “*Conflito negativo de competência. Entidade de previdência privada em liquidação extrajudicial. Ação objetivando devolução de quantia paga e indenização por danos morais. Lei falimentar. Inaplicabilidade, na espécie. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Foro do domicílio do autor.* I. Com a edição da Súmula 321 desta Corte, consolidou-se entendimento segundo o qual “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”. II. Legítima a opção do beneficiário do plano de previdência privada em litigar no foro do seu domicílio, objetivando a devolução de quantia paga e indenização por danos morais, conforme lhe autoriza o artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. III. Inaplicabilidade, na espécie, do artigo 3.º da Lei n. 11.101/05, que trata apenas

derivadas de norma especial, bem como a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do participante consumidor.⁷⁷⁶

Em 2015, contudo, o Superior Tribunal de Justiça reviu seu original no sentido de da aplicação do CDC tanto aos planos de previdência privada de entidades abertas quanto fechadas,⁷⁷⁷ decidindo no Recurso Especial 1.536.786/MG, pela exclusão do âmbito de incidência das normas de proteção do consumidor, da relação entre o participante e a entidade fechada de previdência complementar. Dentre os argumentos sucitados para fundamentar este entendimento tem destaque o que distingue a própria natureza das entidades, sendo a aberta com fins lucrativos, e a fechada sem fins lucrativos, assim como a oferta no mercado dos planos de previdência pelas entidades abertas, em comparação ao mutualismo que orientaria a atividade das fechadas.⁷⁷⁸ Esta distinção, ao afastar a aplicação do CDC às relações entre as entida-

da competência para a homologação da recuperação extrajudicial, deferimento de recuperação judicial e decreto de falência. IV. Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo da Vara Cível de Arapongas/PR" (STJ, CComp 102.960/SP, 2.ª Seção, j. 24.06.2009, rel. Min. Paulo Furtado, DJe 03.08.2009).

776. "Agravado interno. Decisão monocrática em agravo de instrumento. Previdência privada. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Súmula 321 do STJ. Inversão do ônus da prova. Possibilidade. Artigo 3.º, VIII, do CDC. Demais pedidos que não integram o despacho agravado. Descabimento de sua análise. Correta a decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos. Ônus da prova. A relação mantida pelas partes, é de consumo, conforme a Súmula 321 do STJ. Dessa forma, sendo a relação de consumo regulado e protegido pelo CDC, caberá a inversão do ônus da prova, com fundamento no seu artigo 6.º, VIII, do CDC. Quanto os demais pedidos de prescrição e incompetência do juízo, verifico que os mesmos não integram o despacho agravado, de modo que descabe a sua análise por este Tribunal, sob pena de supressão de instância. Agravo interno desprovido" (TJR5, Ag 70032598187, 5.ª Câm. Civ., j. 28.10.2009, rel. Des. Gelson Rólim Stocker).
777. "Processual civil. Agravo regimental. Entidade fechada de previdência privada. Petros. CDC. Aplicação. Artigos 219 do CPC e 405 do Código Civil de 2002. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 284 e 356/STF. Restituição integral das contribuições pessoais. Súmula n. 289 do STJ. I. As questões federais não enfrentadas pelo Tribunal estadual recebem o óbice das Súmulas 282 e 356 do C. STF, não podendo, por falta de prequestionamento, ser debatidas no âmbito do recurso especial. II. Consolidou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que a devolução das contribuições deve ser feita integralmente, com correção monetária por fatores de atualização que recomponham a efetiva desvalorização da moeda nacional, nos termos da Súmula n. 289/STJ. III. O CDC é aplicável às entidades abertas e fechadas de previdência complementar. IV. Agravo improvido" (STJ, AgRg no REsp 816.545/SE, 4.ª T., j. 03.08.2006, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 11.09.2006).
778. "Recurso especial. Previdência privada fechada. Julgamento afetado à segunda seção para pacificação acerca da correta exegese da Súmula 321/STJ. Independentemente da natureza da entidade previdenciária (aberta ou fechada) administradora do plano de benefícios, devem ser sempre observadas as normas especiais que regem a relação contratual de previdência complementar, notadamente o disposto no art. 202 da CF e nas leis complementares n. 108 e 109, ambas do ano de 2001. Há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada. Embora ambas exerçam atividade econômica, apenas as abertas operam em regime de mercado, podem auferir lucro das contribuições vertidas pelos participantes, não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade. No tocante às entidades fechadas, contudo, por força de lei, são organizadas sob a forma de fundação ou sociedade simples, sem fins lucrativos, havendo um claro mutualismo entre a coletividade integrante dos planos de benefícios administrados por essas entidades, que são protagonistas da gestão da entidade e dos planos de benefícios. As regras do código consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial,

des fechadas de previdência complementar e os participantes do plano de previdência, tem por consequência deixar tais relações sob a incidência prevalente da Lei Complementar 109/2001. Com isso, foi cancelada a Súmula 321 do STJ e editada a Súmula 563, pelo mesmo tribunal, com o seguinte enunciado: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas".

não se aplicam às relações de direito civil envolvendo participantes e/ou beneficiários e entidades de previdência complementar fechadas. Em vista da evolução da jurisprudência do stj, a Súmula 321/STJ restringe-se aos casos a envolver entidades abertas de previdência complementar. Como o cdc não incide ao caso, o foro competente para julgamento de ações a envolver entidade de previdência fechada não é disciplinado pelo diploma consumerista. Todavia, no caso dos planos instituídos por patrocinador, é possível ao participante ou assistido ajuizar ação no foro do local onde labora(ou) para o instituidor. Solução que se extrai da legislação de regência.

1. Por um lado, o conceito de consumidor foi construído sob ótica objetiva, porquanto voltada para o ato de retirar o produto ou serviço do mercado, na condição de seu destinatário final. Por outro lado, avulta do art. 3.º, § 2.º, do CDC que fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de prestação de serviços, compreendido como "atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração" – inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária -, salvo as de caráter trabalhista.

2. Há diferenças sensíveis e marcantes entre as entidades de previdência privada aberta e fechada. Embora ambas exerçam atividade econômica, apenas as abertas operam em regime de mercado, podem auferir lucro das contribuições vertidas pelos participantes (proveito econômico), não havendo também nenhuma imposição legal de participação de participantes e assistidos, seja no tocante à gestão dos planos de benefícios, seja ainda da própria entidade. Não há intuito exclusivamente protetivo-previdenciário.

3. Nesse passo, conforme disposto no art. 36 da Lei Complementar n. 109/2001, as entidades abertas de previdência complementar, equiparadas por lei às instituições financeiras, são constituídas unicamente sob a forma de sociedade anônima. Elas, salvo as instituídas antes da mencionada lei, têm, pois, necessariamente, finalidade lucrativa e são formadas por instituições financeiras e seguradoras, autorizadas e fiscalizadas pela Superintendência de Seguros Privados – Susep, vinculada ao Ministério da Fazenda, tendo por órgão regulador o Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP.

4. É nítido que as relações contratuais entre as entidades abertas de previdência complementar e participantes e assistidos de seus planos de benefícios – claramente vulneráveis – são relações de mercado, com existência de legítimo auferimento de proveito econômico por parte da administradora do plano de benefícios, caracterizando-se genuína relação de consumo.

5. No tocante às entidades fechadas, o artigo 34, I, da Lei Complementar n. 109/2001 deixa límpido que "apenas" administram os planos, havendo, conforme dispõe o art. 35 da Lei Complementar n. 109/2001, gestão compartilhada entre representantes dos participantes e assistidos e dos patrocinadores nos conselhos deliberativo (órgão máximo da estrutura organizacional) e fiscal (órgão de controle interno). Ademais, os valores alocados ao fundo comum obtido, na verdade, pertencem aos participantes e beneficiários do plano, existindo explícito mecanismo de solidariedade, de modo que todo excedente do fundo de pensão é aproveitado em favor de seus próprios integrantes.

6. Com efeito, o art. 20 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que o resultado superavitário dos planos de benefícios das entidades fechadas, ao final do exercício, satisfeitas as exigências regulamentares relativas aos mencionados planos, será destinado à constituição de reserva de contingência, para garantia de benefícios, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor das reservas

2.5.7.1 Características dos contratos de previdência complementar privada

A rigor, a contratação da previdência complementar privada em substituição da previdência pública não é uma característica exclusivamente brasileira. Conforme demonstra Ronaldo Porto Macedo Júnior, é longa a experiência norte-americana com esta espécie contratual,⁷⁷⁹ podendo-se identificar aí, em face de sua finalidade e do longo tempo de contratação, um dualismo do caráter econômico e social destes ajustes.⁷⁸⁰ Estes contratos de previdência privada, então passam a apresentar algumas características peculiares, quais sejam: a) são contratos contínuos, de longa duração, uma vez que pressupõem a existência de um acúmulo de contribuições financeiras do participante do contrato como condição para fruição futura do benefício financeiro; b) são contratos de estruturação econômica complexa, fundado em cálculos atuariais em vista das características distintivas de um grupo de contratantes. Isto, naturalmente, acentua a vulnerabilidade do consumidor-participante; c) são contratos cuja prestação de uma das partes (participante) é dependente da boa gestão dos recursos financeiros do prestador do serviço (entidade de previdência), razão pela qual se destaca a necessidade de acentuar-se os laços de confiança entre as partes ao longo da relação contratual, característico do princípio do administrador prudente (*prudent person rule*), observado no direito norte-americano;⁷⁸¹ e d) o

matemáticas. Constituída a reserva de contingência, com os valores excedentes será estabelecida reserva especial para revisão do plano de benefícios que, se não utilizada por três exercícios consecutivos, determinará a revisão obrigatória do plano de benefícios.

7. As regras do Código Consumerista, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial, não se aplicam às relações de direito civil envolvendo participantes e/ou assistidos de planos de benefícios e entidades de previdência complementar fechadas. Assim deve ser interpretada a Súmula 321/STJ, que continua válida, restrita aos casos a envolver entidades abertas de previdência.

8. O art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001 estabelece que os planos de benefícios sejam oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores. O dispositivo impõe uma necessidade de observância, por parte da entidade fechada de previdência complementar, de uma igualdade material entre os empregados do patrocinador, de modo que todos possam aderir e fruir dos planos de benefícios oferecidos que, por conseguinte, devem ser acessíveis aos participantes empregados da patrocinadora, ainda que laborem em domicílios diversos ao da entidade.

9. Dessarte, a possibilidade de o participante ou assistido poder ajuizar ação no foro do local onde labora(ou) para a patrocinadora não pode ser menosprezada, inclusive para garantir um equilíbrio e isonomia entre os participantes que laboram no mesmo foro da sede da entidade e os demais, pois o participante não tem nem mesmo a possibilidade, até que ocorra o rompimento do vínculo trabalhista com o instituidor, de proceder ao resgate ou à portabilidade.

10. À luz da legislação de regência do contrato previdenciário, é possível ao participante e/ou assistido de plano de benefícios patrocinado ajuizar ação em face da entidade de previdência privada no foro de domicílio da ré, no eventual foro de eleição ou mesmo no foro onde labora(ou) para a patrocinadora.

11. Recurso especial provido.

(REsp 1536786/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2.ª Seção, j. 26.08.2015, DJe 20.10.2015).

779. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 307 et seq.

780. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 309.

781. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor*, p. 228-229.

controle do equilíbrio econômico das prestações pressupõe seu correto dimensionamento ao longo do tempo em que são realizadas (cálculo atuarial), razão pela qual tem-se de ter em vista o interesse útil do consumidor participante/assistido com o contrato, de modo a proteger suas legítimas expectativas.

O objeto do contrato de previdência complementar privada admite três modalidades, quais sejam, de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável. Contudo, a legislação admite que seja autorizada a operação de outras formas de planos de benefícios “que reflatam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar” (artigo 7.º, parágrafo único, da Lei 109/2001). No caso dos contratos celebrados com entidades abertas, poderão ser ainda: a) individuais, quando acessíveis a qualquer pessoa natural, ou b) coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas naturais vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

Dentre os direitos reconhecidos aos participantes dos planos estão, além do equilíbrio econômico-financeiro que assegure o valor do benefício nos termos do contrato⁷⁸², o direito à resolução do contrato e portabilidade da reserva acumulada para outro plano ou outra entidade de previdência complementar, bem como o resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano, descontadas as parcelas do custeio administrativo. Neste sentido, visando à proteção do direito do participante, o artigo 15, parágrafo único, da Lei 109/2001 estabelece, para fins de resgate ou portabilidade nas entidades fechadas, que o “direito acumulado corresponde às reservas constituídas pelo participante ou à reserva matemática, o que lhe for mais favorável”. No

782. Registre-se, contudo, o entendimento do STJ em relação à possibilidade de alteração dos índices de atualização do benefício, em face de mudança do regulamento a que se submete o participante ou beneficiário. Neste sentido decidiu a Corte no Recurso Especial 1463803/RJ, de relatoria do Min. Ricardo Villas Boas Cueva, pelo qual admitiu-se a alteração do indexador de benefício de prestação continuada, “devendo o novo índice incidir integralmente a partir de sua vigência e não apenas nos períodos em que o indexador for mais vantajoso ao assistido”. Sustenta o julgado que “quando se tratar de normas alteradoras da sistemática de correção monetária, não poderão ser invocados os institutos protetores do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Isso porque não há direito adquirido a determinado índice de correção monetária, mas sim ao benefício previdenciário complementar em si mesmo e à efetiva atualização monetária de seu valor. Diante disso, revela-se possível a substituição de um indexador por outro, desde que idôneo para medir a inflação, recompondo a obrigação contratada. Caso seja adotado um índice inadequado para atualizar as verbas previdenciárias suplementares, com o passar do tempo, substanciais prejuízos ocorrerão ao assistido, que perderá gradualmente o seu poder aquisitivo com a corrosão da moeda, dando azo ao desequilíbrio contratual. Além disso, restará frustrado o objetivo principal da Previdência Complementar, que é propiciar ao inativo padrão de vida semelhante ao que desfrutava em atividade.” E prossegue: “Por isso, uma alteração no regulamento referente ao plano de benefícios de previdência privada para substituir o indexador de correção monetária da aposentadoria complementar (o IGP-DI pelo INPC) pode, em um período, causar prejuízo ao assistido e, em outro período, gerar ganho para ele. Nessa conjuntura, quanto à aplicação parcial das novas regras do regulamento, ou seja, da restrição da incidência do novo indexador a apenas determinados períodos em que for mais vantajoso ao assistido, cumpre ressaltar ser inadmissível a conjugação de estatutos, de modo a instituir um regime híbrido que mescle os índices vantajosos para o assistido. Pela teoria do conglobamento, deve-se buscar o estatuto jurídico mais benéfico enfocando globalmente o conjunto normativo de cada sistema, sendo vedada, portanto, a mescla de dispositivos diversos, a criar um terceiro regulamento. Logo, a definição do estatuto mais favorável deve se dar em face da totalidade de suas disposições, e não da aplicação cumulativa de critérios mais vantajosos previstos em diferentes regulamentos” (STJ, Resp 1.463.803/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 24.11.2015; Dje 2.12.2015).

caso das entidades abertas, o *caput* do artigo 27 da mesma lei, estabelece: “Observados os conceitos, a forma, as condições e os critérios fixados pelo órgão regulador, é assegurado aos participantes o direito à portabilidade, inclusive para plano de benefício de entidade fechada, e ao resgate de recursos das reservas técnicas, provisões e fundos, total ou parcialmente”.

A jurisprudência brasileira vem firmando diversas decisões no sentido da decretação de nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de previdência complementar privada. É o caso das cláusulas que disciplinam o resgate dos valores pelo participante, em face de resolução do contrato, e que ao fazê-lo limitam ou excluem índices ou fórmulas de atualização dos valores, hipótese em que decidiu o STJ que a devolução dos valores deve ser integral, na hipótese de retirada do plano,⁷⁸³ objeto da Súmula n. 289, daquela Corte.⁷⁸⁴ Tal entendimento visa proteger o equilíbrio de interesses da relação em questão, constituindo obrigação do fornecedor o pagamento da desvalorização monetária havido entre o período de pagamento das parcelas pelo consumidor e o momento em que este se retira do plano e requer o levantamento dos valores.⁷⁸⁵ Esta regra que dá concretude ao princípio do equilíbrio das prestações, prevalece inclusive contra regra expressa do estatuto da patrocinadora do plano.⁷⁸⁶

Sendo o contrato de previdência privada espécie de contrato relacional, esta circunstância não apenas gera efeitos do direito à manutenção do contrato pelo beneficiário (tutelando a expectativa de sua duração no tempo), como também exige que se proteja a expectativa legítima do consumidor em relação ao equilíbrio das prestações, especialmente da complementação de aposentadoria ou outro benefício que lhe for pago, durante todo o tempo a que fizer jus à prestação (normalmente vitalícia). Neste sentido, terá direito a ter reconhecida a abusividade da cláusula contratual que corrija de modo insuficiente o valor da prestação que lhe é devida, e sua substituição, mediante atividade de integração pelo juiz, por índice que represente adequadamente a perda de valor da moeda e/ou a evolução do custo de vida.⁷⁸⁷ Isso, em respeito à

783. “Previdência privada. Restituição das reservas de poupança. Fundamento do acórdão não impugnado. Contribuição do associado retirante. Restituição integral. Precedentes da Corte. 1. Não se admite recurso especial que deixa de impugnar fundamento constante do acórdão apto a sustentar, por si só, o decisum. 2. O acórdão recorrido decidiu que os autores têm direito à restituição integral dos valores vertidos ao plano de previdência privada do qual se desligaram, com base nas regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor. A recorrente não impugnou esse fundamento específico, o que seria de rigor. 3. Aplicação da mesma orientação que inspirou a edição da Súmula n. 283/STF. 4. As contribuições dos ex-associados devem ser devolvidas em sua integralidade e não parcialmente. 5. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no Ag. 689.160/MG, 3.ª T., j. 15.05.2007, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 06.08.2007).

784. Súmula 289/STJ: “A restituição das parcelas pagas a plano de previdência privada deve ser objeto de correção plena, por índice que recomponha a efetiva desvalorização da moeda.”

785. STJ, REsp 567.938/RO, 3.ª T., j. 17.06.2004, rel. Min. Castro Filho, DJ 01.07.2004; AgRg no REsp 908.268/RN, 4.ª T., j. 05.05.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 10.05.2011.

786. “Civil. Recurso especial. Plano de previdência complementar. Contribuições pessoais vertidas. Retenção pela entidade de previdência privada. Impossibilidade. Ainda que o estatuto assim não preveja, tem o beneficiário de plano de previdência privada o direito à restituição da totalidade das contribuições pessoais vertidas, sob pena de enriquecimento ilícito da entidade de previdência privada. Precedente da Terceira Turma” (STJ, REsp 456.413/PR, 3.ª T., j. 06.02.2003, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 10.03.2003).

787. “Recurso Especial. Plano de previdência privada aberta. Violação ao Código de Defesa do Consumidor. Ocorrência. Substituição da taxa referencial (T.R.) por Índice Geral de Preços. Possibilidade. Recurso especial provido. 1. Os planos de previdência privada aberta são comercializados

própria causa do contrato, que é a complementação financeira visando à satisfação de necessidades pessoais quando da inatividade/aposentadoria do consumidor.

2.5.7.2 *Dever de informar nos contratos de previdência complementar privada*

O caráter complexo da contratação de previdência complementar privada reforça os deveres de boa-fé e a necessidade de proteção do consumidor-participante.⁷⁸⁸ Daí a importância do dever de informar do fornecedor e correspondente direito a uma informação adequada do consumidor.⁷⁸⁹ Neste sentido, ao lado dos deveres de informação previstos no artigo 31 do CDC, que devem ser cumpridos pelo fornecedor, o artigo 10 da Lei Complementar 109/2001 estabelece que “Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador”. Da mesma forma, seu § 1.º estabelece que: “a todo pretendente será disponibilizado e a todo participante entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios: I – certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios; II – cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano; III – cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do artigo 26 desta Lei Complementar; e IV – outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador”.

no mercado por empresas com fins lucrativos e esses contratos estão inteiramente sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor. II. A T.R. (Taxa Referencial de Juros), como é do conhecimento público, foi criada no Plano Collor II para ser o principal índice brasileiro de atualização e que não refletisse a inflação do mês anterior, tendo em vista que é calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos e outros, de acordo com metodologia aprovada pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 1.º da Lei 8.177/91). III. A mensalidade de aposentadoria ou renda vitalícia, tem características alimentares (verba destinada ao sustento do contratante e de seus dependentes) e se for corrigida unicamente pela T.R., ou seja, sem qualquer outro acréscimo de juros como ocorre em contratos imobiliários ou cédulas de crédito, proporciona reajuste anual acumulado em percentual bem inferior aos índices que medem a corrosão da moeda e a remuneração da poupança, na qual, além da T.R., há juros mensais de 0,50% (meio por cento). IV. A permanecer como se encontra, haverá, ao longo dos anos, uma considerável perda de poder aquisitivo dessa mensalidade de aposentadoria e foi para evitar essas distorções que a Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados 7/96 e a Circular da Superintendência de Seguros Privados 11/96 orientaram a repactuação dos contratos com a consequente substituição da T.R. por índice geral de preços de ampla publicidade. V. O sistema de proteção ao consumidor busca dar equilíbrio na relação entre o consumidor e o fornecedor. O CDC não tem por objetivo criar ou proteger situação em que o consumidor leve vantagem indevida sobre o fornecedor. O propósito da Lei é o de que cada parte receba o que lhe é devido, sem que ocorra exploração do consumidor ou prejuízo injustificado. No presente caso, restou evidente a violação aos artigos 6.º e 51 do CDC. VI – Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.201.737/SC, 3.ª T., j. 04.08.2011, rel. Min. Massami Uyeda, Dje 17.08.2011).

788. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed., p. 427.

789. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, v. 26, p. 223. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun./1998.

Desnecessário é dizer que o dever de informar e o controle das práticas comerciais, de oferta e publicidade por ocasião da fase pré-contratual têm especial relevo nos contratos de previdência complementar privada, inclusive mediante exercício do direito de resolução do contrato pelo consumidor,⁷⁹⁰ ou mesmo na hipótese de migração de um plano de benefícios para outro,⁷⁹¹ considerando que eventuais falhas de informação nesta fase do contrato podem ser identificadas apenas tardiamente, inclusive mesmo, quando o participante cumpra os requisitos para receber o benefício, o que destoaria da finalidade de proteção efetiva do consumidor. Daí porque o dever de informar não se resumirá à fase pré-contratual, senão que guarda mesma importância durante a execução do contrato. Por esta razão é que reconhece-se o cabimento de ação de prestação de contas dos filiados em relação ao fornecedor que administra o plano de previdência privada,⁷⁹² bem como, segundo precedentes do STJ, o Ministério Público tem legitimidade para demandar em favor dos consumidores de planos de previdência privada, na qualidade de substituto processual para tutela coletiva dos direitos.⁷⁹³

790. "Consumidor. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. Resgate. Previdência privada "multipiano geração 2". Falha no dever de informar. Devolução integral do valor pago pelo consumidor. Possibilidade. 1. Preliminar de ilegitimidade passiva. Plano de previdência privada que foi ofertado pelo Banco requerido, eis que os autores são correntistas da referida instituição bancária. Empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, o que importa em solidariedade entre elas. Preliminar de ilegitimidade passiva afastada. 2. Mérito. Pretensão ao desfazimento do negócio, e consequente restituição da aplicação realizada pelos consumidores. Propaganda enganosa. Indução dos consumidores em erro. Falha no dever de informação. Sistema de resgate de percentuais que se demonstra abusivo. Nulidade da cláusula. Direito à devolução integral da verba aplicada, sem quaisquer deduções (...)" (TJRS, Recurso Cível 71001781178, 1.ª T., j. 27.05.2009, rel. Afif Jorge Simões Neto).

791. "Apelação cível. Previdência privada. Unibanco AIG. Mudança de plano prejudicial. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Dever de informação. Não observância pelo fornecedor. Correção monetária sobre valor a ser amortizado do principal. Cabimento. I. Controvérsia estabelecida em contratação na qual o saldo da autora foi zerado para fins de recebimento de renda mensal vitalícia. Ausência de comprovação no sentido de que a autora teve ciência dos termos da migração de plano. II. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Súmula n. 321 do Superior Tribunal de Justiça. Dever de informação violado. O consumidor só está vinculado às disposições contratuais das quais teve prévio conhecimento, devendo o fornecedor destacar as cláusulas que importem em exclusão ou restrição de direitos. III. Manutenção da sentença que reconheceu o direito à devolução do valor acumulado, descontadas as parcelas já alcançadas a título de renda mensal vitalícia. Sobre os valores a serem amortizados do principal deve incidir correção monetária pelo IGP-M, a partir de cada pagamento. Apelação parcialmente provida" (TJRS, ApCiv 70024994493, 6.ª Cam. Civ., j. 11.12.2008, rel. Des. Liege Puricelli Pires).

792. "Previdência privada. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Centrus. Prestação de contas aos filiados. Cabimento. I. As regras do Código de Defesa do Consumidor são aplicáveis à relação jurídica existente entre as entidades de previdência privada e os seus participantes. II. Os filiados de plano de benefício prestado por entidade de previdência privada podem exigir a prestação de contas a fim de proceder à apuração dos valores pagos, mormente quando houver discrepância entre os cálculos apresentados. Recurso especial não conhecido" (REsp 600.744/DF, 3.ª T., j. 06.05.2004, rel. Min. Castro Filho, DJ 24.05.2004, p. 274).

793. "Ação civil pública. Previdência privada. Reajuste dos benefícios de segurados. Atualização monetária. Direitos ou interesses coletivos. Legitimidade de parte ativa do Ministério Público. Tratando-se de ação que visa à proteção de interesses coletivos e apenas de modo secundário e consequencial à defesa de interesses individuais homogêneos, ressaí clara a legitimidade do Ministério Público para intentar a ação civil pública. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 176.538/SP, 4.ª T., j. 27.04.2004, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14.06.2004).

2.5.7.3 Prazo prescricional para exercício da pretensão de correção ou atualização de valores

Tem direito o participante a cobrar eventuais diferenças que se verifiquem já por ocasião do pagamento do benefício, hipótese em que a ação específica prescreverá em cinco anos, conforme sumulado pelo STJ, na Súmula 427: "A ação de cobrança de diferenças de valores de complementação de aposentadoria prescreve em cinco anos contados da data do pagamento", editada nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil (revogado).⁷⁹⁴

Este entendimento do STJ exige que se interprete ainda a distinção aventada na jurisprudência em matéria de pretensões do participante de planos de previdência privada entre a prescrição das pretensões de trato sucessivo e a prescrição do fundo de direito.⁷⁹⁵ Ou seja, se a extinção da pretensão no prazo prescricional aventado abrange o interesse lesado apenas em relação à parcela paga, a cada período (a complementação mensal de aposentadoria paga aos participantes, por exemplo), ou a extinção do fundamento jurídico da pretensão, decorrente de eventual erro de cálculo, do índice de correção de valores, ou outra espécie de ilícito havido durante a execução do contrato de previdência privada, na formação da reserva de poupança, e que o participante só vai ser atingido pela repercussão do equívoco ao tempo em que recebe efetivamente o valor a menor.

Note-se que a Súmula 427 indica claramente o *dies a quo* da data do efetivo pagamento. Neste sentido, *fundo de direito* é expressão usada para designar uma situação jurídica fundamental ou o direito à modificação desta situação jurídica fundamental cuja violação importa nascimento de pretensão subordinada à prescrição. Distingue-se da prescrição em relação a pretensão de recebimento de diferenças ou da própria prestação de trato sucessivo, no qual o vencimento de cada parcela da prestação, por exemplo, a cada mês em que o pagamento deveria ser feito em certos valores ou condições, e é feito a menor, faz nascer pretensão individualizada relativamente àquela específica parcela. De modo a que nesta modalidade de prescrição, a cada vencimento e lesão ao direito de percepção do pagamento integral, faz nascer pretensão com termo inicial distinto.

No caso dos contratos de previdência privada, note-se que a violação dos direitos do participante-consumidor, e consequente nascimento da pretensão, se fazem perceber ao tempo do pagamento periódico das parcelas. Neste sentido, uma primeira visão poderia crer que a prescrição em relação a pretensões de expurgos inflacionários ou de erros de cálculo quanto à correção das parcelas a serem pagas ao participante, nasceriam quando da ocorrência da viola-

794. Nestes termos a decisão do Ministro Sidnei Benetti, relator do recurso representativo da controvérsia que deu causa à Súmula 421: "Recurso repetitivo. Previdência privada. Restituição de reserva de poupança. Cobrança de expurgos inflacionários. Súmula do STJ/291. Aplicação analógica. A prescrição quinzenal prevista na Súmula do STJ/291 incide não apenas na cobrança de parcelas de complementação de aposentadoria, mas, também, por aplicação analógica, na pretensão a diferenças de correção monetária incidentes sobre restituição da reserva de poupança, cujo termo inicial é a data em que houver a devolução a menor das contribuições pessoais recolhidas pelo associado ao plano previdenciário. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.111.973/SP, 2.ª Seção, j. 09.09.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 06.11.2009).

795. Para o tema, veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. Os contratos de previdência privada e o Código de Defesa do Consumidor na visão do Superior Tribunal de Justiça – Comentários sobre as súmulas 289, 291, 321 e 427, do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 78, p. 315 et seq. São Paulo: RT, abr.-jun./2011.

ção do direito, e que portanto, passados cinco anos do fato, porém vindo o participante a fazer jus a complementação de aposentadoria apenas após esta data (e portanto a receber o efetivo pagamento), eventual pretensão as diferenças pecuniárias em relação àquela lesão a direito já estariam prescritas, porque tais vantagens seriam decorrentes de uma lesão/modificação indevida de situação jurídica fundamental, cujo prazo para exercício da pretensão seria contado da data do ato.

O texto da Súmula 427 e seus precedentes indicam o termo inicial da contagem do prazo como sendo o da data do pagamento. A questão, todavia, vem sendo discutida sob a perspectiva de qual a pretensão que se extingue no prazo que se inicia a partir do pagamento. Isto porque na noção de pagamento se pode ter tanto as situações de resgate ou de portabilidade do plano de previdência privada, quanto o de perceber diferenças de valor, a partir do momento em que passa a fruir o benefício ou desde quando tome conhecimento o participante acerca da lesão ao seu direito. Nos dois primeiros casos, de resgate ou portabilidade, não há dúvida que o prazo prescricional se inicia da data de devolução efetiva dos valores. No caso das correções de valores, ou percepção de diferenças, o Superior Tribunal de Justiça da mesma forma, indicou que quando digam respeito à reserva de poupança, também se submetem ao prazo de cinco anos já previsto na Súmula 291.⁷⁹⁶

A distinção entre a pretensão para percepção de diferenças e as relativas ao denominado fundo de direito é estimulado pelo regime legal da previdência social previsto na Lei 8.213/91, que distingue entre o prazo para revisão pelo segurado ou beneficiário do ato de concessão do benefício, fixado em 10 anos, e o prazo para reclamar o pagamento de diferenças, restituições, ou prestações devidas no prazo de 5 anos da data de que quando deveriam ter sido pagas. Esta distinção, contudo, não é feita pelos precedentes da Súmula 427 do STJ.

O artigo 75 da Lei Complementar 109/2000, da mesma forma, não auxilia o deslinde da questão, primeiramente em vista por sua imprecisão técnica ao referir que “sem prejuízo do benefício, prescreve em cinco anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria”. Segundo o critério consagrado no direito civil contemporâneo, o que prescreve é a pretensão, não o direito,⁷⁹⁷ uma vez que aquela é decorrente da violação de direito subjetivo (artigo 189 do Código Civil),⁷⁹⁸ que pode ter sido violado alterando ou lesando situação jurídica fundamental (o fundo do direito). Todavia, o texto da lei ressalva expressamente os benefícios, do que se pode interpretar que as consequências da violação do direito, quais sejam as pretensões de trato sucessivo, e, portanto repercussão futura de eventual ilícito lesante da situação jurídica fundamental são preservados em relação ao prazo assinalado na lei.

2.5.8 Contratos de transporte

O contrato de transporte de pessoas e coisas é de reconhecida importância no mercado de consumo. Caracteriza-se como contrato de consumo na medida em que esteja presente a obri-

796. STJ, AgRg no REsp 681.326/MG, 3.ª T., j. 28.06.2007, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 03.09.2007. No mesmo sentido: STJ, REsp 771.638/MG, 2.ª Seção, j. 28.09.2005, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 12.12.2005.

797. AMORIM, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, n. 300, p. 23. São Paulo: RT.

798. MOREIRA ALVES, José Carlos. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. Subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 157-158.

gação, mediante remuneração do transportador, deste transportar a pessoa de um lugar a outro.⁷⁹⁹ Da mesma forma, no caso do transporte de coisa, a obrigação de mover a coisa de um ponto a outro, conforme definido em contrato. Note-se que nem todo contrato de transporte é contrato de consumo, exigindo-se para tanto que o contratante usuário do transporte seja destinatário final do serviço. Pode ser definido como o contrato pelo qual o transportador obriga-se a transportar pessoas ou coisas de um lugar para outro (artigo 730 do CC/2002).

Desde o princípio da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a incidência das normas de proteção do consumidor em relação ao transporte de pessoas ou coisas se deu mediante sua qualificação como prestação de serviços,⁸⁰⁰ e deste modo abrangido pela definição prevista no artigo 3.º, § 2.º, do CDC, os respectivos regimes de responsabilidade pelo fato (artigo 14 do CDC) e pelo vício (artigo 20 do CDC), do serviço. Auxiliou a ampla incidência do CDC sobre os contratos de transporte, sua atipicidade como contrato civil, na medida em que regulados apenas pelo Código Comercial de 1850 (transporte marítimo e de mercadorias) e legislação esparsa.

O Código Civil de 2002 estabelece regulamentação dos contratos de transporte, dos artigos 730 a 756, tornando-o a partir daí um contrato típico, cuja regulamentação se dá prioritariamente pela legislação civil, sem prejuízo da incidência principiológica do Código de Defesa do Consumidor,⁸⁰¹ quando se trate de contratos de consumo, em acordo com a técnica do diálogo das fontes. É o que resulta do artigo 732 do Código Civil, que dispõe: “Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais”.

Atualmente, contudo, a jurisprudência, em relação aos contratos de transporte que se caracterizam como relação de consumo, aplica prioritariamente o CDC sob a qualificação de prestação de serviços. Da mesma forma, segundo a lição de Araken de Assis, a disciplina do contrato de transporte no Código Civil, em face do artigo 732, derroga formalmente a Convenção de Varsóvia, relativa aos transportes aéreos.⁸⁰² O que em relação aos contratos de transporte de consumo já teve sua aplicação afastada pela jurisprudência pacífica do STJ, no tocante ao tarifamento da indenização devida na hipótese de danos causados pelo transportador, em face do regime do CDC.⁸⁰³

799. Sobre o tema, veja-se: MIRAGEM, Bruno. *Contrato de transporte*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 17 e ss.

800. FRADERA, Vera. *Contratos típicos no Código Civil*. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira et alii; *Princípios do novo Código Civil e outros temas: homenagem a Tulio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 724.

801. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4. ed., p. 16.

802. ASSIS, Araken de. *Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem e transporte*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 213.

803. Exemplificativamente: “Agravamento regimental. Transporte aéreo de mercadorias. Extravio ou perda. Ação de indenização. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia. Agravo improvido” (STJ, AgRg no Ag 827.374/MG, 3.ª T., j. 04.09.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 23.09.2008). E da mesma forma: “Civil e processual. Agravo regimental no agravo de instrumento. Extravio de bagagem em transporte aéreo internacional. Convenção de Varsóvia. Tarifação não mais prevalente em face do CDC. Danos morais. Valor da indenização. Reexame de prova. Impossibilidade. Súmula n. 7 desta Corte. Agravo improvido. I. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a

Da mesma forma, há regras no Código Civil que parecem oferecer proteção ao usuário do transporte, sendo mais especializadas do que o CDC, e não contrariando sua teleologia. Assim é o caso do direito do passageiro, no transporte de pessoas, de rescindir o contrato de transporte, sendo devida a ele a restituição do valor da passagem, “desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada” (artigo 740 do CC/02). Qual seja este tempo, naturalmente, dependerá dos usos de mercado locais. Contudo, nestas hipóteses de rescisão o valor passível de retenção pelo transportador – cobrado em geral a título de multa contratual – não poderá ser superior a 5%, conforme estabelece o artigo 740, § 3.º, do Código Civil. Aqui, note-se que a possibilidade de renegociação existirá de forma cada vez mais usual, considerando a velocidade e imediatidade da compra de passagens em face do uso crescente da internet, o que serve de parâmetro para limitação do valor de retenção. Note-se que não serve de escusa aqui, para atendimento do limite de retenção pelo transportador, a confecção de modalidades de tarifas diferenciadas, algumas admitindo e outras não a possibilidade de devolução dos valores. A regra do § 3.º do artigo 740 é imperativa e, neste sentido, não admite negociação pelas partes que ultrapasse o limite máximo de 5% de retenção nela estabelecida.

2.5.8.1 Características do contrato de transporte como contrato de consumo

Como já foi referido, o contrato de transporte pode ter como objeto pessoas ou coisas. O contrato de transporte é um contrato oneroso (exige remuneração), bilateral (celebrado entre transportador e passageiro, ou o dono ou possuidor da coisa), comutativo (há prestações recíprocas das partes), e celebrado mediante consenso das partes. Isto porque o contrato se dá mediante consenso das partes, o que pode ocorrer por ocasião da aquisição do bilhete, do preenchimento de formulário ou propriamente a celebração de um contrato escrito.⁸⁰⁴ Sobre esta última característica do contrato de transporte, é de notar dois aspectos. Por outro lado, no que tange ao transporte de passageiros, sobretudo por via terrestre, nem sempre há, necessariamente, a aquisição prévia de bilhete ou passagem (observando-se atualmente, inclusive, o uso crescente de meios eletrônicos para pagamento do transportador), sendo que o mero ingresso no veículo que realiza a prestação caracteriza manifestação de vontade visando à aquisição do serviço de transporte. Neste caso, sequer se necessita falar em contrato, mas trata-se de hipótese de *contato social*, hipótese em que mesmo antes do pagamento se for o caso, já se encontra vinculada o transportador a indenizar danos eventualmente sofridos pelo passageiro ou pela coisa.⁸⁰⁵

tarifação por extravio de bagagem prevista na Convenção de Varsóvia não prevalece, podendo a indenização ser estabelecida em valor maior ou menor, consoante a apreciação do Judiciário em relação aos fatos acontecidos. II. A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de recurso especial, nos casos em que o valor fixado destoa daqueles arbitrados em outros julgados recentes desta Corte ou revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre no presente caso. III. Alteração do valor arbitrado, no presente caso, implicaria em reexame de matéria fático-probatória, o que está obstado pela Súmula n. 7 desta Corte. IV. Agravo improvido” (AgRg no Ag 959.403/RJ, 4.ª T., j. 10.06.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 30.06.2008).

804. Em sentido contrário, na doutrina brasileira, o entendimento de Orlando Gomes, para quem se trata de um contrato real em vista da necessidade de que, para que exista contrato, o passageiro ingresse no veículo ou a coisa seja entregue ao transportador. GOMES, Orlando. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 307.

805. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. v. 45, p. 11.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à distinção do contrato de transporte, caracterizado pela sua onerosidade, e o transporte gratuito, ou de mera cortesia, que na legislação civil consideram-se excluídos do regramento estabelecido, em especial com referência à responsabilidade do transportador (“artigo 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia”). Neste caso, o entendimento firmado pela jurisprudência (Súmula 145 do STJ),⁸⁰⁶ mesmo antes do advento do Código Civil de 2002, era de que na hipótese do transporte por amizade ou cortesia, o transportador apenas responde por danos causados por dolo ou falta grave. Contudo, não será o caso dos contratos de transporte celebrados no mercado de consumo. O próprio parágrafo único do artigo 736 do Código Civil esclarece o sentido da norma, ao referir que: “Não se considera gratuito o transporte quando, embora feito sem remuneração, o transportador auferir vantagens indiretas”. No caso dos contratos de consumo, não há de falar em transporte de cortesia. Todo o contrato é remunerado diretamente, mediante o pagamento do preço, ou indiretamente, hipótese em que a aparente gratuidade é custeada pelo fornecedor em vista do objetivo, ou como resultado, da fidelização do consumidor (ex.: programas de milhagens aéreas), bem como para fins de promoção do serviço ou da marca da empresa. Todos, portanto, qualificam-se como prestação de serviço, nos termos previstos pelo CDC. Da mesma forma ocorre, especialmente no transporte coletivo de passageiros, com os que têm direito à gratuidade do transporte, como é o caso dos idosos, maiores de 65 anos de idade, titulares do direito por expressa previsão constitucional (artigo 230, § 2.º, da Constituição Federal). A aplicação do CDC neste caso, se justifica tanto sob o prisma do conceito do artigo 2.º, parágrafo único, quanto do artigo 17, que firmam a extensão do regime de responsabilidade do fornecedor nestes casos.

O contrato de transporte, da mesma forma, em especial no tocante ao transporte de pessoas, se dá de modo geral no Brasil, mediante concessão ou permissão administrativa. Neste sentido, tanto o transportador aéreo, como no caso do transporte coletivo terrestre, urbano, intermunicipal ou interestadual são espécies de serviços públicos. Neste caso, o regime jurídico do contrato será híbrido, cumulando as obrigações da Lei 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), bem como a legislação do ente titular do serviço público de transporte, com as disposições do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. E da mesma forma, submetem-se ao disposto no artigo 22 do CDC, o que deverá ser objeto de fiscalização e controle, bem como da atividade regulatória do Estado, na qualidade de titular destes serviços.

O contrato de transporte, via de regra, é celebrado mediante condições gerais contratuais estabelecidas pelo transportador às quais o consumidor-usuário deve aderir. Neste caso, caracterizando-se como contratos de adesão, ademais da proteção própria do consumidor, incide igualmente a regra de interpretação mais favorável ao aderente (artigo 54 do CDC; artigo 423 do CC/2002).

2.5.8.2 Responsabilidade do transportador

A obrigação principal do contrato de transporte de passageiro ou coisa é obrigação de resultado.⁸⁰⁷ Neste sentido, assume o transportador obrigação de incolumidade da pessoa ou

806. Súmula 145/STJ: “No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave”.

807. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. p. 374; NERYJUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 704.

coisa transportada, caracterizada pela obrigação de assegurar sua integridade e da mesma forma, a obrigação de transportar pessoa ou coisa até o seu destino. Da mesma forma, há obrigação do transportador, especialmente no contrato de transporte de pessoas, de assegurar conforto e prestação do transporte, nos termos do ajuste. Assim, responde o transportador por vício do serviço, na medida em que determinadas facilidades ou itens de conforto na viagem sejam contratados e por falha da prestação não sejam oferecidos, sem prejuízo da existência de um padrão de prestação de serviço que deve ser assegurado em vista do dever de qualidade que deve observar o fornecedor. Por outro lado, seja em relação à obrigação de incolumidade, seja em relação à existência dos padrões de conforto e prestação da prestação de serviço exigidos na forma do contrato, a violação destas obrigações podem ensejar dano ao consumidor, hipótese em que se caracteriza o fato do serviço. O aumento do volume e a importância dos transportes (facilitação de locomoção de pessoas e coisas) fazem com que, da mesma forma os riscos de dano ao consumidor, mediante descumprimento das obrigações pelo transportador, deem causa ao aumento dos seguros sobre transporte. A responsabilidade do transportador é objetiva (independente de culpa), pelo descumprimento das obrigações legais e contratuais que lhe cabem, quais sejam: a) obrigação de pontualidade; b) obrigação de segurança; c) obrigação de respeito ao itinerário previamente estabelecido (no caso do contrato de transporte de pessoas); d) obrigação de conforto.

Note-se que a responsabilidade dos contratos de transporte que se caracterizem como contratos de consumo é o estabelecido para a prestação de serviços no CDC. Assim, responde objetiva e solidariamente o transportador por fato do serviço (artigo 14 do CDC) e vício do serviço (artigo 20 do CDC). Os danos ao consumidor decorrentes da violação das obrigações pelo transportador ensejam a responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, sendo que as excludentes desta responsabilidade serão apenas aquelas fixadas no artigo 14, § 3.º, do CDC (excetuada a culpa de terceiro, não admitida como excludente, segundo o artigo 735 do Código Civil, no tocante ao transporte de pessoas). Eis o caso da responsabilidade por acidentes aéreos dos quais decorrem danos pessoais, o extravio de bagagem, o atraso injustificado do transportador que gera prejuízos ao consumidor, dentre outras hipóteses. Este regime de responsabilidade do transportador decorre de uma longa evolução da jurisprudência brasileira, tendo o STF já em 1963, firmado o entendimento de impossibilidade da fixação da cláusula de não indenizar nos contratos de transporte (Súmula 161 do STF),⁸⁰⁸ bem como da impossibilidade de exclusão da responsabilidade do transportador por culpa de terceiro, contra quem caberá ação regressiva (Súmula 187 do STF).⁸⁰⁹ E é em decisão acerca da responsabilidade do transportador, ainda, que o STJ iniciou a discussão sobre a distinção entre o fortuito interno e o fortuito externo como excludente de responsabilidade do fornecedor. Segundo a linha de entendimento seguida pelo Tribunal até o início dos anos 2000, em especial pelo voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o "assalto" (roubo) aos passageiros de um ônibus, durante a execução do transporte, não se considerava como causa apta a elidir a responsabilidade do transportador.⁸¹⁰ Fundamentava este entendimento a inclusão no risco comercial do transportador, conexo e previsível com a

808. Súmula 161/STF: "Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar".

809. Súmula 187/STF: "A responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva".

810. "Responsabilidade Civil. Transporte coletivo. Assalto. Responsabilidade da empresa transportadora. O assalto a cobrador de ônibus não é fato imprevisível nem alheio ao transporte coletivo, em zona de frequentes roubos, razão pela qual não vulnera a lei a decisão que impõe à empresa a prova da excludente da responsabilidade pela morte de um passageiro. Precedente desta Quarta Turma (RES

atividade de transporte, da possibilidade de ocorrência de assaltos, fixando sua responsabilidade pelos danos causados. Contudo, atualmente a Corte encaminha-se em sentido diverso no tocante à qualificação dos fatos a serem considerados como fortuito interno no contrato de transporte. Deste modo, o “assalto” (roubo), mesmo quando praticado no interior do veículo, por passageiro, tem sido considerado, pelo STJ, como causa de afastamento da responsabilidade do transportador.⁸¹¹

Sobre este aspecto do contrato de transporte, ainda, é de mencionar-se o disposto no artigo 741 do Código Civil, pelo qual afirma-se a obrigação de resultado do transportador, no caso do transporte de passageiros, na medida em que prevê – na hipótese de interrupção da viagem – mesmo por motivo imprevisível e alheio, a obrigação do transportador de concluí-la, às suas expensas, ainda que por outro meio. Por outro lado, o disposto no artigo 742, do Código Civil, quando autoriza o transportador a reter a bagagem ou objetos pessoais do passageiro para fins de garantir o pagamento da passagem, merece interpretação harmonizada com o artigo 42 do CDC, que coíbe os meios vexatórios e abusivos de cobrança de dívida.

2.5.8.3 Contratos de transporte aéreo e terrestre

O contrato de transporte aéreo vem sendo objeto de inúmeras questões enfrentadas pela jurisprudência em face de inúmeros fatores, desde a crise do transporte aéreo enfrentada pelo Brasil, novas obrigações de segurança decorrentes de prevenção ao terrorismo, até o acesso de uma imensa parcela de novos consumidores destes serviços, sem que tenha se desenvolvido a capacidade de assimilação deste novo contingente de passageiros, mediante oferecimento de serviço de qualidade pelas empresas fornecedoras. Por outro lado, não se desconhece, igualmente, uma crise de regulação do setor, evidenciado na denominada “crise aérea brasileira”, em que se evidenciaram sinais de captura da agência pelos interesses dos entes regulados e imobilismo da atividade de controle e fiscalização do cumprimento de suas obrigações pelas companhias aéreas.

50.129/RJ, rel. Min. Torreão Braz). Recurso exclusivamente pela alínea a, não conhecido” (REsp 175.794/SP, 4.ª T., j. 05.11.1998, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 21.02.2000).

811. “Agravamento regimental. Ação de indenização. Assalto. Interior de ônibus. Responsabilidade da empresa. Excludente. Caso fortuito. Decisão agravada mantida. Improvimento. I. Fato inteiramente estranho ao transporte (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo) constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. II. O agravante não trouxe qualquer argumento capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. Agravamento improvido” (STJ, AgRg no Ag 711.078/RJ, 3.ª T., j. 16.09.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 30.09.2008). No mesmo sentido: “Processo civil e comercial. Transporte de carga. Contrato verbal. Roubo a mão armada. Prescrição da pretensão ressarcitória. Dies a quo. Ciência inequívoca do expedidor. Responsabilidade da transportadora. Inexistência. Caso fortuito. Havendo roubo da mercadoria, não há mais de se falar na entrega desta. Em tal hipótese, o prazo prescricional da pretensão ressarcitória deve ser contado da data em que houve ciência inequívoca do expedidor acerca do assalto. Tendo o contrato de transporte sido celebrado verbalmente e não havendo alegação das partes no sentido de ter sido acordada qualquer condição especial, aplicam-se apenas as regras gerais atinentes a tal contrato. O roubo de mercadoria transportada, praticado mediante ameaça exercida com arma de fogo, é fato desconexo ao contrato de transporte, e, sendo inevitável, diante das cautelas exigíveis da transportadora, constitui-se em caso fortuito ou força maior, excluindo-se a responsabilidade desta pelos danos causados ao dono da mercadoria. Precedentes. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 904.733/MG, 3.ª T., j. 09.08.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 27.08.2007).

Os contratos de transporte aéreo têm sua prova mediante a emissão e/ou posse do bilhete aéreo, embora se admita outra forma de demonstrar a existência de ajuste, em especial diante da crescente automação do setor, e a realização de vendas, reservas e *check-in* por intermédio da internet.

De qualquer sorte, o cipoal normativo que rege a atividade de transporte aéreo vem exigindo a intervenção do Poder Judiciário para definição da lei aplicável a muitas situações envolvendo má-prestação de serviços, tais como: a) extravio de bagagens; b) danos físicos ou morais a passageiros; c) danos decorrentes de atrasos na partida ou chegada dos voos; d) *overbooking*, como se denomina a prática das companhias aéreas de venda de passagens em número acima da capacidade do voo; e) cancelamento de voos, dentre outras situações de lesão aos interesses dos consumidores.

Regulam o transporte aéreo de passageiros e de cargas, além do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86). No tocante aos contratos de transporte aéreo que se configurem como relação de consumo (mediante presença do destinatário final do produto ou serviço), resta afastada a aplicação da Convenção de Varsóvia de 1929, e seus protocolos adicionais, n. 1 e 2, de 1975, internalizados no Brasil pelo Decreto n. 2.860, de 7 de novembro de 1998, segundo jurisprudência consolidada dos tribunais brasileiros. No caso, o tarifamento da indenização previsto pela convenção internacional para indenização de danos causados aos passageiros é afastado em vista do direito básico do consumidor à efetiva reparação de danos (artigo 6.º, inciso VI, do CDC).⁸¹² Inclusive para a equipa-

812. "Responsabilidade civil. Ação regressiva. Transporte aéreo. Extravio de mercadoria. Inaplicabilidade da Convenção de Varsóvia. Relação de consumo. Incidência do Código de Defesa do Consumidor. Indenização ampla. Orientação da trfounal. Recurso provido. – Nos casos de extravio de mercadoria ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada pela legislação especial" (STJ, REsp 257.298/SP, 4.ª T., j. 03.05.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 11.06.2001); No mesmo sentido: "Agravio regimental. Transporte aéreo de mercadorias. Extravio ou perda. Ação de indenização. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio de bagagem ou de carga rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor, se o evento se deu em sua vigência, afastando-se a indenização tarifada prevista na Convenção de Varsóvia. Agravo improvido" (STJ, AgRg no Ag 827.374/MG, 3.ª T., j. 04.09.2008, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 23.09.2008); "Civil. Transporte aéreo. Bagagem. Extravio ou perda. Danos. Indenização. Convenção de Varsóvia. Afastamento. Código de Defesa do Consumidor. Aplicação. 1 – A responsabilidade civil do transportador aéreo pelo extravio ou perda de bagagem regula-se pelo Código de Defesa do Consumidor, ficando, pois, elidida a aplicação dos parâmetros tarifados da Convenção de Varsóvia. Precedente da Segunda Seção. 2 – Recurso especial conhecido em parte e, nesta extensão, provido" (STJ, REsp 347.449/RJ, 4.ª T., j. 26.10.2004, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 29.11.2004); "Direito civil. Responsabilidade civil. Extravio de bagagens e atraso de voo internacional. Dano moral. Inaplicabilidade da limitação tarifada. A quantificação da indenização por danos morais, decorrente de atraso de voo, deve pautar-se apenas pelas regras dispostas na legislação nacional, restando inaplicável a limitação tarifada prevista na Convenção de Varsóvia e em suas emendas vigentes, embora possam ser consideradas como mero parâmetro. Hipótese em que, contudo, a indenização por danos morais foi fixada em valor exorbitante. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido" (STJ, REsp 602.014/RJ, 4.ª T., j. 18.12.2003, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 14.06.2004); REsp 786.609/DF, 4.ª T., j. 18.09.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe 28.10.2008; AgRg no Ag 957.245/RJ, 4.ª T., j. 05.08.2008, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJe 29.09.2008; REsp 277.541/SP, 4.ª T., j. 16.08.2007, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJe 27.08.2007; AgRg no Ag

ração a consumidor de todas as vítimas do evento.⁸¹³ Trata-se, ademais, de aplicação concreta, por intermédio do CDC, do próprio direito fundamental à indenização por danos materiais e morais previsto na Constituição, como aliás, já decidiu o STF.⁸¹⁴ Neste sentido, as normas de proteção ao consumidor prevalecem também em relação ao Código Brasileiro da Aeronáutica acerca da responsabilidade do transportador por danos a passageiros, bagagens e cargas (artigo 246 e seguintes do CBA).⁸¹⁵

Os contratos de transporte terrestre de passageiros, bagagens e cargas no Brasil, da mesma forma consideram-se espécie de serviço público, delegado à prestação por particulares por intermédio de concessão ou permissão públicas. Neste sentido, aplica-se igualmente o CDC a tais contratos, quando se caracterizem como relação de consumo, o que a toda evidência ocorre no transporte terrestre de passageiros, atraindo neste caso o regime de responsabilidade contratual do CDC⁸¹⁶ por

- 588.156/MG, 4.ª T., j. 11.10.2005, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 12.12.2005; REsp 658.748/RJ, 3.ª T., j. 04.08.2005, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 22.08.2005.
813. "Código de Defesa do Consumidor. Acidente aéreo. Transporte de malotes. Relação de consumo. Caracterização. Responsabilidade pelo fato do serviço. Vítima do evento. Equiparação a consumidor. Artigo 17 do CDC. I – Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o artigo 2.º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, "... toda pessoa física ou jurídica que adquirindo ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Abrandamento do rigor técnico do critério finalista. II – Em decorrência, pela aplicação conjugada com o artigo 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. Recurso especial provido" (STJ, REsp 540.235/TO, 3.ª T., j. 07.02.2006, rel. Min. Castro Filho, DJ 06.03.2006).
814. "Indenização. Dano moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção de Varsóvia. Observação mitigada. Constituição Federal. Supremacia. O fato de a Convenção de Varsóvia revelar, como regra, a indenização tarifada por danos materiais não exclui a relativa aos danos morais. Configurados esses pelo sentimento de desconforto, de constrangimento, aborrecimento e humilhação decorrentes do extravio de mala, cumpre observar a Carta Política da República – incisos V e X do artigo 5.º, no que se sobrepõe a tratados e convenções ratificados pelo Brasil" (STF, RE 172.720, 2.ª T., j. 06.02.1996, rel. Min. Marco Aurélio DJ 21.02.1997).
815. STJ, REsp 158.535/PB, 3.ª T., j. 04.04.2000, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 09.10.2000.
816. "Responsabilidade civil. Contrato de transporte. Acidente sofrido por passageiro. Vítima fatal. Código de Defesa do Consumidor. Dec. n.º 2.681/12. Fato de terceiro. Fator de exclusão de responsabilidade. Inevitabilidade e imprevisibilidade. Reexame de Prova. Conflito Aparentado de Normas. Dano moral. É dever da transportadora conduzir o passageiro incólume até o local de destino. Falecendo passageiro em razão de acidente em estrada há culpa presumida da empresa de transporte interestadual, somente elidida pela demonstração de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima (artigo 17 do Decreto 2.681/12). O Decreto 2.681/12 não se encontra revogado pelo CDC no que tange a responsabilidade das estradas de ferro e, por analogia, das rodovias, e suas excludentes. Persiste assim, aplicável a Súmula 187/STF que determina que "a responsabilidade contratual do transportador, pelo acidente com o passageiro, não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva". Inserindo-se o fato de terceiro nos riscos próprios do deslocamento e estabelecendo o acórdão a quo não ter sido imprevisível o sinistro não é este fator excludente da responsabilidade da transportadora. Vitimando o acidente indivíduo ainda jovem, estudante, já assalariado, que contribuía para o sustento materno justa se afigura a condenação à título de danos morais fixados no acórdão recorrido no importe de 300 salários mínimos. Centralizando o acórdão recorrido sua fundamentação na responsabilidade objetiva e contratual da empresa de transporte os ju. os moratórios devem ser aplicados a partir da citação. Recurso provido, na parte em que conhecido" (STJ, REsp 293.292/SP, 3.ª T., j. 20.08.2001, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 08.10.2001).

danos causados aos consumidores.⁸¹⁷ No caso da responsabilidade extracontratual, todavia, os julgados vêm distinguindo a circunstância em que a vítima não seja passageira do fornecedor de serviços, atraindo neste caso o regime geral de responsabilidade por danos do Código Civil, inclusive para fins de prescrição.⁸¹⁸ Esta distinção, contudo, apenas se justifica quando o dano não se der por falha no transporte (defeito do serviço), já que nesta hipótese a incidência do artigo 17 determina a equiparação de todas as vítimas do evento a consumidores, para efeito de extensão do seu regime de responsabilidade.

Os contratos de transporte terrestre também têm sua existência provada pelo bilhete ou conhecimento de transporte, conforme o caso, admitindo-se, naturalmente, a demonstração da existência do contrato mediante outros meios de prova admitidos em direito, uma vez considerado mesmo, no caso do transporte coletivo de passageiros, em boa parte das vezes, a inexistência de bilhete ou qualquer outro documento probatório.

2.5.9 Contratos de serviços turísticos

Sob a denominação de contratos de serviços turísticos, têm-se uma diversidade de contratos, como é o caso dos contratos de hospedagem, organização de viagens dentre outros. No caso da organização de viagens, sustenta Claudia Lima Marques a tendência de que o fornecedor (agência de viagens) possa ser responsabilizado pelos danos causados por qualquer fornecedor direto dos serviços a serem prestados individualmente na viagem⁸¹⁹ (e.g. hospedagem, transporte, alimentação, seguro-viagem, dentre outros, passeios, ingressos para shows). Isto porque a rigor, o contrato de organização de viagem abrange uma cadeia de outros contratos celebrados por um ou mais fornecedores com o consumidor, que tenham por finalidade a prestação de serviços turísticos, tais como hospedagem, transporte, alimentação, diversões e lazer. Ou como leciona Gustavo Tepedino, trata-se de “contrato atípico, bilateral, oneroso, comutativo, caracterizado pela prestação de serviços especializados concernentes à organiza-

817. “Transporte. Responsabilidade civil. Ação de ressarcimento a título de danos morais. Transporte coletivo. Agressões físicas e verbais entre o motorista e passageiro. Concorrência de culpas. 1. Provado nos autos as agressões físicas e verbais entre o autor e o preposto da ré (motorista do ônibus), a manutenção da sentença que reconheceu a concorrência de culpas é medida que se impõe. 2. Em sendo objetiva a responsabilidade civil da empresa de transporte coletivo (artigo 14, § 3.º, I e II, do CDC), ela somente pode ser afastada quando demonstradas a inexistência de defeito na prestação do serviço, a culpa exclusiva da vítima (consumidor) ou de terceiro, sendo que aqui não se verificam quaisquer dessas excludentes. 3. Danos morais provados e devidos no valor fixado pelo juízo *a quo* a este título, por se mostrar razoável e compatível com a extensão dos danos suportados pelo autor. Apelações desprovidas” (TJRS, ApCiv 70027731363, 11.ª Câm. Civ., j. 16.12.2009, rel. Des. Voltairre de Lima Moraes).

818. “Civil e processual. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Morte de passageira. Prescrição. Incidência do CDC afastada. Código Civil, artigos 177, 159 e 1.521, III CDC, artigos 14 e 27. Por defeito de serviço, na previsão do artigo 14, § 1.º, incisos I a III, do CDC, há que se entender, no caso do transporte de passageiros, aquele inerente ao curso comum da atividade comercial, em tal situação não se compreendendo acidente que vítima fatalmente passageira do coletivo, uma vez que constitui circunstância extraordinária, alheia à expectativa do contratante, inserindo-se no campo da responsabilidade civil e, assim, sujeita à prescrição vintenária do artigo 177 do Código Substantivo, e não ao artigo 27 da Lei n. 8.078/90. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a prescrição quinquenal e determinar o julgamento do mérito da ação no grau monocrático” (STJ, REsp 280.473/RJ, 4.ª T., j. 06.03.2001, rel. p/acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 04.02.2002).

819. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, 4. ed., p. 379.

ção de viagem para fins turísticos, celebrado entre o operador de turismo ou a agência de viagens de um lado e, de outro, o turista”.⁸²⁰ Os contratos de turismo, em geral, se apresentam como contratos conexos, ou seja, constituem-se em diversos contratos vinculados entre si em razão de sua finalidade comum, da sua causa, que é o oferecimento do serviço ao consumidor.⁸²¹ Na organização de pacotes turísticos, os demais fornecedores de serviços de turismo são considerados prepostos da agência de viagens.⁸²² Daí, por exemplo, podem pertencer a uma mesma cadeia de fornecimento, a agência de viagens e o operador turístico. Neste particular é importante diferenciar: há contratos de organização de viagens e outros de mera intermediação. As agências de viagem podem ou intermediar, hipótese em que se equiparam a mandatários do consumidor frente a outros fornecedores de serviços; ou organizar, hipótese em que oferecem um “pacote turístico”, e, neste caso, são fornecedores diretos do produto ou serviço. Contudo, lembre-se que, em qualquer caso, a regra do artigo 14 do CDC indica a responsabilidade solidária e objetiva da cadeia de fornecedores de serviços, hipótese em que se alinha a agência de viagens.⁸²³ Da mesma forma, responde a agência de viagens por conselhos ou recomendações dadas ao consumidor.

A Lei Geral de Turismo (Lei 11.771/2008) aprovada como expressão da intervenção do Estado na disciplina dos serviços turísticos⁸²⁴, está em acordo com as normas de proteção do consumidor. Estabelece em seu artigo 34, inciso IV, o dever dos fornecedores de serviços turísticos de manter estrita obediência aos direitos do consumidor. E em seu artigo 21, define os prestadores de serviços turísticos, que afinal serão os fornecedores na relação de consumo que envolva o fornecimento destes serviços. Refere a norma: “Artigo 21. Consideram-se prestadores de serviços turísticos, para os fins desta Lei, as sociedades empresárias, sociedades simples, os empresários individuais e os serviços sociais autônomos que prestem serviços turísticos remunerados e que exerçam as seguintes atividades econômicas relacionadas à cadeia produtiva do turismo: I – meios de hospedagem; II – agências de turismo; III – transportadoras turísticas; IV – organizadoras de eventos; V – parques temáticos; e VI – acampamentos turísticos. Parágrafo único. Poderão ser cadastradas no Ministério do Turismo, atendidas as condições próprias, as sociedades empresárias que prestem os seguintes serviços: I – restaurantes, cafeterias, bares e similares; II – centros ou locais destinados a convenções e/ou a feiras e a exposições e similares; III – parques temáticos aquáticos e empreendimentos dotados de equipamentos de entretenimento e lazer; IV – marinas e empreendimentos de apoio ao turismo náutico ou à pesca desportiva; V – casas de espetáculos e equipamentos de animação turística; VI – organizadores,

820. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Revista de direito do consumidor*, v. 26, p. 85. São Paulo: RT, abril-junho/1998.

821. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil nos contratos de turismo, p. 85.

822. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos...*, 4. ed., p. 378.

823. “Responsabilidade civil. Agência de viagens. Código de Defesa do Consumidor. Incêndio em embarcação. A operadora de viagens que organiza pacote turístico responde pelo dano decorrente do incêndio que consumiu a embarcação por ela contratada. Passageiros que foram obrigados a se lançar ao mar, sem proteção de coletes salva-vidas, inexistentes no barco. Precedente (REsp 287.849/SP). Dano moral fixado em valor equivalente a 400 salários-mínimos. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 291.384/RJ, 4.ª T., j. 15.05.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 17.09.2001).

824. Para a atuação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor na proteção do consumidor-turista, veja-se o estudo de PEREIRA, Juliana. CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. Proteção e defesa do consumidor turista e visitante no Brasil. *Revista de direito do consumidor*, v. 102. São Paulo: RT, out.-dez./2015.

promotores e prestadores de serviços de infraestrutura, locação de equipamentos e montadoras de feiras de negócios, exposições e eventos; VII – locadoras de veículos para turistas; e VIII – prestadores de serviços especializados na realização e promoção das diversas modalidades dos segmentos turísticos, inclusive atrações turísticas e empresas de planejamento, bem como a prática de suas atividades.”

Agências de turismo e operadoras turísticas não se confundem. O artigo 27 da Lei Geral do Turismo define: “Compreende-se por agência de turismo a pessoa jurídica que exerce a atividade econômica de intermediação remunerada entre fornecedores e consumidores de serviços turísticos ou os fornece diretamente.” As operadoras turísticas, além de intermediárias, são produtoras de serviços turísticos, exigindo-lhes conhecimento e expertise ainda mais especializados para identificação de demandas de turismo, eleição e oferecimento de serviços que atendam o interesse do consumidor. Neste sentido, o § 1.º do artigo 27 da Lei 11.771/2008: “São considerados serviços de operação de viagens, excursões e passeios turísticos, a organização, contratação e execução de programas, roteiros, itinerários, bem como recepção, transferência e a assistência ao turista”. A agência de viagens atua na intermediação de serviços, porém, podendo igualmente organizar e oferecer conjunto de serviços na modalidade de pacote turístico.⁸²⁵ Os serviços sujeitos à intermediação de agências de turismo são, de sua vez, previstos no artigo 27, § 3.º, da Lei 11.771/2008: “§ 3.º As atividades de intermediação de agências de turismo compreendem a oferta, a reserva e a venda a consumidores de um ou mais dos seguintes serviços turísticos fornecidos por terceiros: I – passagens; II – acomodações e outros serviços em meios de hospedagem; e III – programas educacionais e de aprimoramento profissional. § 4.º As atividades complementares das agências de turismo compreendem a intermediação ou execução dos seguintes serviços: I – obtenção de passaportes, vistos ou qualquer outro documento necessário à realização de viagens; II – transporte turístico; III – desembaraço de bagagens em viagens e excursões; IV – locação de veículos; V – obtenção ou venda de ingressos para espetáculos públicos, artísticos, esportivos, culturais e outras manifestações públicas; VI – representação de empresas transportadoras, de meios de hospedagem e de outras fornecedoras de serviços turísticos; VII – apoio a feiras, exposições de negócios, congressos, convenções e congêneres; VIII – venda ou intermediação remunerada de seguros vinculados a viagens, passeios e excursões e de cartões de assistência ao viajante; IX – venda de livros, revistas e outros artigos destinados a viajantes; e X – acolhimento turístico, consistente na organização de visitas a museus, monumentos históricos e outros locais de interesse turístico.”

Da mesma forma, na atividade de contratação de serviços turísticos, não se ignora a importância que muitas vezes possui o aconselhamento ou informação por parte da agência de viagens ao consumidor, relativamente a aspectos da viagem, desde detalhamento de horários e procedimentos a serem observados pelo consumidor, a necessidade de vistos ou a conveniência de determinadas opções de viagem. Alguns destes aspectos inserem-se no dever de informar do fornecedor. Outras informações, contudo, decorrem da própria prestação de serviços da agência, buscando caracterizar o aconselhamento sobre opções e conveniências de bens e serviços como um diferencial na prestação de serviços realizada pelo fornecedor. Neste caso, como bem refere Paulo Jorge Scartezzini, “se a informação, o conselho ou a recomendação solicitados estiverem ligados à obrigação contratual, como o dever de informar ou aconselhar sobre detalhes fundamentais da viagem (...) haverá responsabilidade da agência por violação dos deveres la-

825. FEUZ, Paulo Sérgio. *Direito do consumidor nos contratos de turismo*. São Paulo: EDIPRO, 2003. p. 66.

terais do contrato”⁸²⁶ Tutela-se, pois, expectativas legítimas do consumidor em relação aos serviços turísticos ofertados.⁸²⁷

Os contratos de prestação de serviços turísticos abrangem diversas atividades. Neste sentido, a prestação de serviços oferecida pela agência de viagens caracteriza-se justamente pela organização, planejamento e eleição das atividades e dos fornecedores que deverão realizar serviços específicos aos consumidores. Daí porque eventual inadimplemento de qualquer dos prestadores de serviços em relação à prestação que lhe cabe pode resultar na responsabilização solidária da agência de viagens, quando esta tenha celebrado a contratação por intermédio da organização de pacote turístico,⁸²⁸ ou ainda quando seja responsável pela organização de parte dos serviços em relação aos quais se verifica o defeito na prestação. É o caso da responsabilidade da agência de viagens que, tendo fretado a aeronave para grupo de passageiros, responde pelos danos decorrentes do atraso do voo.⁸²⁹ Ou pela falha na prestação de serviço do segurador no oferecimento da cobertura do seguro-viagem cuja contratação intermediou.⁸³⁰ Caberá à agência de viagens ação regressiva contra quem tenha dado causa ao inadimplemento.⁸³¹ O mesmo não

826. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 258.

827. Veja-se: SOARES, Ardyllis Alves. A tutela internacional do consumidor turista. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 82, p. 113 e ss. São Paulo: RT, abril-junho/2012.

828. “Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. – Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Artigo 14 do CDC. – A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Artigo 12, § 2.º [rectius: § 3.º], III, do CDC. – A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte” (STJ, REsp 287.849/SP, 4.ª T., j. 17.04.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 13.08.2001).

829. “Direito do consumidor. Prestação de serviços. Vício de qualidade. Artigo 20, CDC. Viagem turística. Dano material e dano moral. Distinção. Opção do consumidor. Adequação À reparação do dano. Recurso desacolhido. I – Na prestação de serviços de viagem turística, o desconforto, o abalo, o aborrecimento e a desproporção entre o lazer esperado e o obtido não se incluem entre os danos materiais, mas pertencem à esfera moral de cada um dos viajantes, devendo a esse título ser ressarcidos. II – Os danos materiais, que sabidamente se distinguem dos morais, devem recompor estritamente o dispêndio do consumidor efetuado em razão da prestação de serviços deficiente, sem o caráter de punir o fornecedor. III – O direito de opção mencionado no artigo 20, I a III, do Código de Defesa do Consumidor, relaciona-se com a suficiência da reparação do dano, não devendo afrontar nem a proporcionalidade entre a conduta do fornecedor e o dano causado, nem o princípio que veda o enriquecimento indevido” (STJ, REsp 328.182/RS, 4.ª T., j. 09.10.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04.02.2002).

830. TJSP, ApCiv 0024119-51.2008.8.26.0032, 23.ª Cam. Civ., j. 23.05.2012, rel. J. B. Franco de Godoi, RDC 83/399.

831. “Agravamento regimental. Recurso especial não admitido. Indenização. Pacote turístico. Ingressos para evento esportivo. Código de Defesa do Consumidor. Prazo decadencial. Denúnciação à lide. Precedentes da Corte. 1. O acórdão recorrido está em perfeita harmonia com o entendimento desta Corte no sentido de que “a ação de indenização pela falta de entrega dos ingressos para a final da Copa do Mundo, incluídos no pacote turístico comprado pelos autores, está subordinada ao prazo de cinco anos previsto no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor, e não ao do artigo 26 do mesmo Código (REsp n. 435.830/RJ, 3.ª T., da minha relatoria, DJ 10.03.2003)” (fl. 533). 2. Inexistindo “qualquer avença devidamente instrumentalizada entre os denunciante e denunciadas”, não se admite a denúnciação à lide. 3. As alegações da agravante no sentido de que a responsabilidade

ocorre, todavia, quando a agência realiza a mera contratação de serviço de terceiros, que responderão pelo eventual inadimplemento contratual, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.⁸³²

Note-se que se em razão do inadimplemento de contrato de prestação de serviços turísticos, decorrer pretensão indenizatória, tem-se hipótese de fato do serviço, regulado pelo artigo 14 do CDC, aplicando-se à hipótese o prazo prescricional de cinco anos, em conformidade com o artigo 27 do CDC.⁸³³

Outra questão atual a ser considerada diz respeito à possibilidade de desistência da viagem pelo consumidor na hipótese de observar-se, no destino turístico, situação que dá causa a riscos à saúde ou à segurança do consumidor, ou ainda que torne excessivamente gravoso o deslocamento ou aproveitamento de determinadas atrações turísticas, como é o caso de epidemias, catástrofes naturais, convulsões sociais, atos de terrorismo, dentre outros fenômenos. A doutrina, de modo geral, evita posicionar-se sobre o tema, preferindo confiar a solução a peculiaridades do caso concreto.⁸³⁴ Observe-se, todavia, que não se trata de mero receio de frustração de expectativas do consumidor – hipótese em que não há que se falar em qualquer espécie de causa de resolução contratual – senão de situações fáticas, objetivamente consideradas, e aptas a comprometer o interesse útil do consumidor na execução do contrato. É de se identificar aqui a hipótese, considerando que o evento em questão torna inútil ou impede qualquer fruição da viagem turística pelo consumidor, como espécie de força maior, que pode dar causa à resolução contratual sem culpa dos contratantes.

pela não entrega dos ingressos seria de terceira empresa deverão ser feitas em sede própria, já que assegurado o direito de regresso. A argumentação de que existiria prova do contrato enseja reexame de matéria probatória, inviável em sede de recurso especial. 4. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no Ag 512.271/RJ, 3.ª T., j. 16.10.2003, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 15.12.2003).

832. "Civil. Processual civil. Recurso especial. Transporte aéreo. Inexecução dos serviços prestados. Não ocorrência da responsabilidade objetiva e solidária da agência de turismo. Caracterização da culpa exclusiva de terceiro. Incidência das hipóteses previstas no § 3.º, I, II, do artigo 14 do CDC. Ilegitimidade passiva *ad causam* reconhecida. 1. No pleito em questão, os autores contrataram com a empresa de turismo a compra e venda de passagens aéreas Brasília-Fortaleza, sendo que tal serviço, como restou demonstrado, foi regularmente prestado. Comprovado, também, que os autores não puderam utilizar os bilhetes da empresa Transbrasil, em razão desta interromper seus serviços na época marcada, não efetuando, assim, os voos programados. 2. Não se tratando, *in casu*, de pacote turístico, hipótese em que a agência de viagens assume a responsabilidade de todo o roteiro da viagem contratada, e tendo, portanto, inexistido qualquer defeito na prestação de serviço pela empresa de viagens, posto que as passagens aéreas foram regularmente emitidas, incide, incontestavelmente, as normas de exclusão de responsabilidade previstas no artigo 14, § 3.º, I e II, do CDC. Reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam* da empresa de viagens, ora recorrente. 3. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 758.184/RR, 4.ª T., j. 26.09.2006, rel. Min. Jorge Scartezini, DJ 06.11.2006).
833. "Recurso especial. Civil. "Pacote turístico". Inexecução dos serviços contratados. Danos materiais e morais. Indenização. Artigo 26, I, do CDC. Direto à reclamação. Decadência. – O prazo estatuído no artigo 26, I, do CDC, é inaplicável à espécie, porquanto a pretensão indenizatória não está fundada na responsabilidade por vícios de qualidade do serviço prestado, mas na responsabilidade contratual decorrente de inadimplemento absoluto, evidenciado pela não prestação do serviço que fora avençado no "pacote turístico" (STJ, REsp 278.893/DF, 3.ª T., j. 13.08.2002, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 04.11.2002).
834. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*, p. 265-266.

2.5.10 Contratos de hospedagem

Os contratos de hospedagem em hotéis, pousadas e congêneres, caracterizam-se como contratos de consumo, ataindo a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Há o fornecedor de serviços e o consumidor-hóspede como destinatário final da prestação.

Todavia, além do CDC, atenta-se para a legislação que disciplina os serviços turísticos, especialmente no tocante às distinções quanto ao conteúdo da prestação de serviço esperada, mediante tradicional classificação dos diversos estabelecimentos de hospedagem.

A oferta dos serviços por estabelecimentos de hospedagem é ampla e geral. Isso implica no dever de não discriminar dentre aqueles que se admitem ou não como hóspedes, segundo critérios que o direito contemporâneo não admite. Aqui incidem de modo imperativo os artigos 3.º, IV e 5.º, *caput* e XLI, da CF/1988, que vedam a discriminação, em especial, por razão de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas. Incide, igualmente, a proibição do artigo 39, II, do CDC, que define como prática abusiva a recusa de atendimento às demandas dos consumidores. A recusa de contratar, aqui, se justifica apenas por razões de saúde pública, ou para atender regras de urbanidade e sossego dos demais. Também não é apenas lícito, mas constitui dever do estabelecimento de hospedagem, recusar criança e adolescente como hóspedes, quando não tenham autorização, ou não estejam acompanhados por pais ou responsáveis, conforme artigo 82 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Bem observa Pontes de Miranda o caráter unitário do contrato de hospedagem a encerrar múltiplas prestações devidas pelo hospedeiro, fornecedor de serviços.⁸³⁵ Obriga-se a ceder lugar para repouso e estadia em condições de conforto e asseio compatíveis. Mais refeições ajustadas. Não há principal e acessório nestas prestações, daí bem definir – e em tudo hoje aplicável – que o tratamento unitário do contrato é essencial. Compreende o interesse legítimo e tutelado do hóspede a estadia, o conforto e asseio do local, a possibilidade de uso de local para higiene pessoal (banheiro normalmente – mas não necessariamente – junto ao quarto), mais refeições ajustadas de boa qualidade, e outros serviços que se ofertam comumente (p. ex. em hotéis anunciados como “executivos” ou “de negócios”, supõe-se acesso a serviços de comunicação, tais como computadores e Internet). O acesso a serviços de telefonia é expectativa comum, que nada tem de extraordinário e por isso integra, como regra, a prestação (a disponibilidade do serviço independe de ajuste é esperada; o uso específico se remunera em apartado à diária). Outros serviços se podem acrescer como lavanderia, ou serviços estéticos ou de relaxamento, conforme o perfil do estabelecimento. Estes, comumente, serviços acessórios, cuja oferta respeita aos deveres de informação inerentes aos contratos de consumo (artigos 30 e ss. do CDC).

Observação importante, todavia, é a distinção entre o contrato de locação e o contrato de hospedagem. Assim como há estabelecimentos que ofertam a hospedagem, há os que locam cômodos. Existem os que ofertam um e outro. E há mesmo, situações em que quem loca ou subloca cômodos não é fornecedor de serviços, sequer profissional. Aliás, é Pontes de Miranda quem alerta, em lição ainda atual, que a profissionalidade do hospedeiro não é elemento essencial do contrato de hospedagem.⁸³⁶

835. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atual. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. v. XLVI, p. 379-380.

836. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Atual. Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. v. XLVI, p. 402.

Toda a diferença está se há ou não serviço. Pode-se locar, inclusive em estabelecimentos, sem que haja serviço agregado. Na locação apenas se transmite posse e com ela o uso da coisa. Na hospedagem, são oferecidos serviços. O típico da hospedagem é a multiplicidade de prestações. Multiplicidade de serviços.

Pergunta que surge, considerando o caráter unitário do contrato e da prestação complexiva – ajustando local mais refeições – se o hóspede deseja contratar só a possibilidade e uso do quarto para repouso/estadia, sem refeições, se há direito de desconto do preço da diária. Ou se esta prestação complexiva caracterizaria prática comumente denominada de “venda casada”, artigo 39, I, do CDC. Parece que mesmo à frente da legislação vigente, sendo complexiva a prestação, – afinal, o contrato de hospedagem compreende múltiplas prestações coordenadas – até pode ser que se fale em redução do valor sem a refeição, mas é opcional, de acordo com as características do serviço do hotel. Da mesma forma, descabe falar em venda casada, se é admitida na hipótese a noção de hospedagem para além do dever de oferecer estadia. Neste sentido, não se condiciona o fornecimento de um produto ou serviço a outro, mas por usos e costumes e estando claro na oferta, o todo da hospedagem é um serviço compreendido pela diária. São prestações complementares visando assegurar os deveres de conforto e asseio objeto do contrato. Cabe aqui recurso ao acordo entre as partes, considerando razoabilidade e respeito ao interesse legítimo das partes.

2.5.10.1 Disciplina legal do contrato de hospedagem

Não tratam nem o Código Civil, nem o Código de Defesa do Consumidor, em específico, do contrato de hospedagem. Contudo, dispõe o artigo 23^o da Lei 11.771/2008 – conhecida como Lei Geral do Turismo – que se consideram meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de serviços de hospedagem, mediante adoção de instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.

Da mesma forma, estabelece o artigo 25 da Lei 11.771/2008 que cabe ao Poder Executivo estabelecer em regulamento: “I – as definições dos tipos e categorias de classificação e qualificação de empreendimentos e estabelecimentos de hospedagem, que poderão ser revistos a qualquer tempo; II – os padrões, critérios de qualidade, segurança, conforto e serviços previstos para cada tipo de categoria definido; e III – os requisitos mínimos relativos a serviços, aspectos construtivos, equipamentos e instalações indispensáveis ao deferimento do cadastro dos meios de hospedagem”. O artigo 25, parágrafo único, da Lei 11.771/2008, de sua vez, refere que a obtenção da classificação conferirá ao empreendimento chancela oficial representada por selos, certificados, placas e demais símbolos, o que será objeto de publicidade específica em página eletrônica do Ministério do Turismo, disponibilizada na rede mundial de computadores.

O artigo 24 do Dec. 7.381/2010, que regulamenta a Lei 11.771/2008, prevê que “considera-se unidade habitacional o espaço atingível a partir das áreas principais de circulação comuns no estabelecimento, destinado à utilização privada pelo hóspede, para seu bem estar, higiene e repouso”. Igualmente, em relação à contraprestação pecuniária do contrato de hospedagem define o artigo 25 do Dec. 7.381/2010 que entende-se por diária o preço da hospedagem correspondente à utilização da unidade habitacional e dos serviços incluídos, observados os horários fixados pela entrada e saída do hóspede, obedecendo o período de vinte e quatro horas

disposto no artigo 23, § 4.º, da Lei 11.771/2008. Autoriza-se, contudo, que o estabelecimento fixe o horário de vencimento da diária de acordo com a sazonalidade, com os costumes do local ou mediante acordo direto com o hóspede (artigo 25, parágrafo único, do Dec. 7.381/2010).

O artigo 26 do Dec. 7.381/2010, refere que se constituem “documentos comprobatórios de relação comercial entre meio de hospedagem e hóspede as reservas efetuadas mediante, entre outros, troca de correspondência, utilização de serviço postal ou eletrônico e fac-símile, realizados diretamente pelo meio de hospedagem ou prepostos, e o hóspede, ou agência de turismo que o represente”. Em seguida o § 1.º do mesmo artigo refere que “o contrato de hospedagem será representado pelo preenchimento e assinatura pelo hóspede, quando de seu ingresso no meio de hospedagem, da Ficha Nacional de Registro de Hóspede – FNRH (...)”.

Duas conclusões são possíveis a partir da interpretação da norma em questão. Primeiro, que com a efetivação da reserva ainda não há contrato, mas pré-contrato, cuja formalização se dá mediante assinatura no momento de apresentação do hóspede no hotel; segundo, que exige do contrato de hospedagem forma escrita. Todavia, não exige a lei forma escrita. E da mesma forma, a própria reserva, quando definitiva, equivale ao contrato. Prova-se sua existência, certamente, pelo preenchimento da ficha a que se refere o artigo 26, § 1.º, do Dec. 7.381/2010, assim como por quaisquer outros meios de prova. Não é, todavia, por óbvio, elemento substancial do ajuste.

Há clara preocupação da legislação quanto ao dever de informar prévio do fornecedor dos meios de hospedagem quanto a preços da integralidade dos serviços prestados. O artigo 27 do Dec. 7.381/2010 refere que “todo e qualquer preço de serviço prestado e cobrado pelo meio de hospedagem deverá ser previamente divulgado e informado com a utilização de impressos ou meios de divulgação de fácil acesso ao hóspede”. Esse dever inclusive é acompanhado de exigências específicas em relação aos fornecedores de meios de hospedagem, para que façam disponível “I – na portaria ou recepção: nome do estabelecimento, relação dos preços aplicáveis às espécies e tipos de unidades habitacionais, o horário de início e vencimento da diária, o número de unidades habitacionais para pessoas deficientes ou com mobilidade reduzida, as formas de pagamento aceitas e a existência de taxas opcionais; e II – nas unidades habitacionais: a espécie e o número da unidade habitacional, os preços vigentes de diária, da respectiva unidade habitacional, e demais serviços oferecidos pelo meio de hospedagem em moeda corrente nacional e os eventuais serviços incluídos no preço das diárias.” (artigo 27, § 1.º, do Dec. 7.381/2010).

Esse amplo dever de informar que resulta, igualmente, do artigo 31 do CDC incidente na espécie, exige que devam ser incluídos pelos fornecedores dos meios de hospedagem “nos veículos de divulgação utilizados os compromissos recíprocos entre o estabelecimento e o hóspede, como os serviços incluídos no preço da diária, eventuais taxas incidentes sobre os serviços ofertados e a forma de consulta para os preços dos demais serviços ofertados” (artigo 27, § 2.º, do Dec. 7.381/2010).

A Lei 11.771/2008 e seu regulamento, Dec. 7.381/2010, disciplinam também a hospedagem por sistema de tempo compartilhado assim entendida, “a relação em que o prestador de serviço de hotelaria cede a terceiro o direito de uso de unidades habitacionais por determinados períodos de ocupação, compreendidos dentro de intervalo de tempo ajustado contratualmente” (artigo 28 do Dec. 7.381/2010). Conhecidos também pela designação em inglês, contratos de time-sharing, tratam-se de espécie de contratos de prestações conexas, cuja finalidade para o adquirente é o uso em determinado período do ano; do uso de unidades habitacionais normal-

mente localizadas em lugares turísticos. Todavia, note-se que são inconfundíveis o contrato de *time-sharing* e o contrato de hospedagem que se celebre com terceiros sobre a mesma unidade habitacional. Nesse sentido, aliás, bem explícita o artigo 31 do Dec. 7.381/2010).

Aos tipos e categorias dos empreendimentos de hospedagem tem padrão de classificação oficial estabelecido pelo Ministério do Turismo, mediante utilização de símbolo estrela, de uso exclusivo deste órgão (artigo 31-A do Dec. 7.381/2010).⁸³⁷

Para o fim de caracterização do contrato de hospedagem, não importa tratar-se de local que se denomina hotel, pousada ou albergue. A definir o conteúdo do contrato está a oferta e as informações detalhadas sobre os serviços prestados, seja o principal de hospedagem, sejam acessórios. Nesse sentido, admitindo-se a possibilidade de prestações inclusas no preço e outras prestações não inclusas no preço, a exigir remuneração em separado, ressalta o dever de informar previamente por parte do fornecedor, quanto ao que se considere incluso ou não no preço da diária. Impositivo aqui, a incidência dos artigos 30 e 31 do CDC. E, no caso de ausência de informação prévia e clara ao hóspede, de modo a assegurar a efetividade do dever de informar do fornecedor, o disposto no artigo 35 do CDC, quanto às pretensões do consumidor no caso de descumprimento da oferta, e do artigo 46 do CDC, no tocante à ineficácia da obrigação que não lhe seja informada previamente.

Os serviços auxiliares quando se integrem ao preço da diária, como o de alimentação (e.g. pensão completa, 'all inclusive'), devem especificar igualmente, no que consistem estas prestações, em gênero e qualidade. Da mesma forma as prestações como bar, apresentações, piscina, e outros serviços devem ter claras informações regulamentares e horários sobre sua fruição.

Refira-se ainda, nos dias de hoje ao contrato de *time-sharing*, considerado no âmbito da legislação sobre turismo. É identificado como típico contrato de consumo, porém não se confunde com o contrato de hospedagem. Aliás, o comum é ter o contrato de *time-sharing*, e quando não seja o titular do direito de uso periódico aquele que frui de uma determinada unidade habitacional, faz-se normalmente contrato de hospedagem com terceiros. Observa a doutrina, em relação ao *time-sharing*, que o mesmo surge como solução para o setor hoteleiro e turístico-imobiliário ao gerar consumidores cativos que investem para adquirir direito de uso periódico de unidades habitacionais em áreas turísticas valorizadas, sem a necessidade de suportar custos normais de um imóvel próprio como os relativos a impostos e manutenção, ao lado de vantagens organizacionais, como a possibilidade de troca ou venda do período de fruição a que faz jus.⁸³⁸

Por outro lado, é possível cogitar de figuras afins ao contrato de hospedagem, mas que não se caracterizam como tal. Este é o caso de famílias que recebem pessoas – normalmente estran-

837. A Portaria 100/2011 do Ministério do Turismo, ao tempo em que classifica os meios de hospedagem em hotel, resort, hotel-fazenda, cama e café, hotel histórico, pousada e flat/apart-hotel, distingue as categorias, conforme critérios de serviços prestados, qualidade da infraestrutura de instalações e equipamentos, bem como variáveis e fatores relacionados com o desenvolvimento sustentável, tais como conceitos ambientais, relações com a sociedade, satisfação do usuário (artigo 9.º da Portaria 100/2011 do MTur), em distintas categorias. O hotel é classificado de 1 a 5 estrelas; Resort de 4 e 5 estrelas; Hotel Fazenda, de 1 a 5 estrelas; Cama e Café, de 1 a 4 estrelas; Hotel Histórico, de 3 a 5 estrelas; Pousada, de 1 a 5 estrelas; e Flat/Apart-hotel, 3 a 5 estrelas.

838. Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011; Tepedino, Gustavo. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 2 e ss.

geiras – e as hospedam por certo tempo, em atividades de intercâmbio cultural. Nesses casos, embora aponte a doutrina não ser o caso de contrato de hospedagem em sentido típico,⁸³⁹ não se afasta totalmente da legislação consumerista, uma vez que, embora não se possa identificar a família que recebe o intercambista como fornecedora de serviços, de regra, trata-se de atividade organizada por agências especializadas, muitas vezes agências de turismo, que aí exercem atividade profissional de fornecimento de serviços, atraindo a incidência do CDC.

Como regra, é de antiga tradição no nosso direito a responsabilidade dos hotéis e congêneres por furtos e assaltos em suas instalações que causem prejuízos aos hóspedes.⁸⁴⁰ No direito vigente, na hipótese de danos aos hóspedes em hotéis e congêneres, o regime de responsabilidade é o do artigo 14 do CDC – responsabilidade por fato do serviço – e a consequente solidariedade entre fornecedores diretos e indiretos integrantes da mesma cadeia de fornecimento.

Há responsabilidade do hotel quando do furto de automóvel de hóspede de seu estacionamento, uma vez que violado o dever de guarda.⁸⁴¹ Da mesma forma, a Súmula 130 do STJ: “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento”.

Precedente do STJ, aplicando o CDC, define a responsabilidade solidária do hotel e da agência de viagens pelos danos causados ao hóspede pela ausência de sinalização conveniente sobre a profundidade da piscina.⁸⁴²

Já com fundamento no CC/1916, decidiu o STJ que o hotel não responderia por assalto a mão armada ocorrido no seu interior do estabelecimento, comprovado que os recepcionistas agiram de modo correto, buscando barrar a entrada dos criminosos, em relação a hóspede que portava quantidade expressiva de joias para exposição, atividade de risco que não declarou no check-in”.⁸⁴³ Por outro lado, a lesão de funcionário causado por hóspede atrai a responsabilidade presumida do estabelecimento hoteleiro empregador.⁸⁴⁴ O fundamento da responsabilidade do hotel, nestes casos, se dá em face do risco do empreendimento.⁸⁴⁵

No tocante à responsabilidade do hospedeiro pelas bagagens do hóspede, igualmente incide o Código de Defesa do Consumidor. Aqui cumpre distinguir se o furto ou roubo de bagagens constitui espécie de vício do serviço (artigo 20 do CDC), ou fato do serviço (artigo 14 do CDC). Pontes de Miranda invocava, na hipótese, antes do surgimento do CDC, a disciplina dos vícios redibitórios do Código Civil (artigos 1.101 a 1.106 do CC/1916, correspondente aos artigos 441 a 446 do CC/2002).

839. Guimarães, Paulo Jorge Scartezzini. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 7.

840. Pontes de Miranda demonstra que ao menos desde o século XVII consta na antiga jurisprudência portuguesa a afirmação desta responsabilidade. PONTES DE MIRANDA, Francisco Calvanti. *Tratado de direito privado*. Atual. de Bruno Miragem. São Paulo: RT, 2012. v. XLVI, p. 378.

841. STJ, REsp 227.014/GO, 4.ª T., j. 16.10.2001, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 25.03.2002.

842. STJ, REsp 287.849/SP, 4.ª T., j. 17.04.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 13.08.2011, RT 797/226.

843. REsp 841.090/DF, 3.ª T., j. 24.10.2006, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 12.02.2007.

844. REsp 69.437/SP, 4.ª T., j. 06.10.1998, rel. Min. Barros Monteiro, DJ 14.12.1998.

845. TJRJ, ApCiv 01989149020098190001, 9.ª Câm. Civ., j. 21.08.2012, rel. Des. Carlos Santos de Oliveira.

Atualmente a distinção do CDC se dá em razão do conteúdo do dever violado, se dever de adequação (a finalidade do serviço legitimamente esperada) ou segurança (a segurança legitimamente esperada do serviço). Uma interpretação estrita do dever de segurança implica na tutela, apenas, da integridade física e moral do consumidor. Interpretação mais ampla, considera também a segurança patrimonial.

Em relação a bagagens em depósito, como é o caso, o entendimento é de que o furto ou roubo caracteriza violação do dever de segurança do fornecedor de serviços. Reclama-se indenização. E incide o regime de responsabilidade pelo fato do serviço (artigo 14 do CDC). Este restringe as hipóteses de exoneração do fornecedor, indicando que só não responderá quando provar que, tendo prestado o serviço, o mesmo não foi defeituoso, ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (artigo 14, § 3.º, I e II, do CDC).

Admite-se majoritariamente, embora não transcrito na norma, a exoneração de responsabilidade por caso fortuito ou força maior. Recorde-se, todavia, na hipótese, a distinção entre o fortuito interno e o fortuito externo. O primeiro é considerado circunstância alheia ao comportamento do fornecedor, porém conexo à atividade de fornecimento. E por isso, risco inerente à atividade do fornecedor. Não exonera, pois, a responsabilidade. Apenas o fortuito externo, fato alheio totalmente à atividade de fornecimento implica na exoneração da responsabilidade do fornecedor. Não parece o caso dos fatos prejudiciais que deem causa à perda (inclusive por furto, roubo ou tentativa) ou deterioração das bagagens do hóspede-consumidor, quando consideradas em depósito no estabelecimento de hospedagem/hotelaria.

Quanto à limitação do valor de indenização por perda/furto/roubo de bagagens, incide o artigo 51, I, do CDC, que veda a limitação de indenização por vícios do produto e do serviço, assim como ao artigo 25 do CDC, o qual refere ser “vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a obrigação de indenizar prevista nesta e nas seções anteriores” (a saber tanto por fato, quanto por vício do serviço). Aqui permanece atual a lição de Pontes de Miranda, de que “o cartaz, o aviso ou o rótulo ou dizer posto no talão de hóspede não pré-elide a responsabilidade legal.”⁸⁴⁶ Era e é assim. Agora, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor.

Como regra, o fato de dispor de cofre ou caixa forte para que o hóspede guarde seus bens de valor é irrelevante para debater a responsabilidade do fornecedor. Pode repercutir, conforme o caso, na prova do dano ou verossimilhança das alegações. Porém, a regra é que se trata de mais um serviço prestado ao hóspede, e não condição ou pressuposto da responsabilidade do fornecedor.

Também o não cumprimento da reserva pelo estabelecimento de hospedagem gera responsabilidade.⁸⁴⁷ Assinala a doutrina que a reserva definitiva é como se, presente, houvesse concluído contrato de hospedagem.⁸⁴⁸ Não sendo definitiva a reserva, ainda assim, vincula o estabelecimento de hospedagem, tudo conforme o artigo 30 do CDC. Não o hóspede, que

846. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. Atual. Bruno Miragem, v. XLVI, p. 456.

847. Entende a jurisprudência que a ausência de reserva em hotel, mesmo depois de confirmada por funcionário do estabelecimento, gera responsabilidade por dano (TJRS, ApCiv 70047934351, 10.ª Câm. Civ., j. 31.05.2012, rel. Jorge Alberto Schreiner Pestana). Sendo o caso de reserva de noite de núpcias, inclusive autoriza indenização por danos morais (TJRS, ApCiv 70035342773, 5.ª Câm. Civ., j. 30.06.2010, rel. Jorge Luiz Lopes do Canto).

848. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. Atual. Bruno Miragem, v. XLVI, p. 418.

ainda pode cancelar. Os procedimentos – uma vez paga em parte ou todo o valor das diárias – para cancelamento de reserva admitem retenção de parte do valor para compensar prejuízos do estabelecimento pela não oferta a outros interessados. Os valores retidos, todavia, devem guardar proporcionalidade em relação ao total do valor do contrato. Viola o equilíbrio e a boa-fé reter todo o valor, como se quem reservou tivesse se hospedado e fruído o serviço. Da mesma forma, tem o estabelecimento de hospedagem o dever de informar previamente sobre a política de cancelamentos, e respectivas retenções, sob pena de não o fazendo, fazer incidir o artigo 46 do CDC.

Por fim, refira-se que, por se tratar a responsabilidade do fornecedor de serviços, no caso, como objetiva e solidária, com todos os demais integrantes da cadeia de fornecimento, estende-se aos demais membros da cadeia de fornecimento. Assim, por exemplo, se resulta dano ao hóspede em decorrência do consumo de alimentos impróprios no restaurante que funciona no hotel, mas explorado por terceiro, ou de acidente na fruição do serviço de transporte (“transfer”) contratado pelo estabelecimento de hospedagem, ou serviço de táxis conveniado, há solidariedade do fornecedor frente ao consumidor.

2.5.10.2 Cobrança de dívida e penhor legal de bagagens

Questão que requer maior atenção, todavia, diz respeito ao penhor legal das bagagens e pertences do hóspede que se encontram no estabelecimento de hospedagem, como forma de garantia do pagamento das despesas. Era a regra do artigo 776, I, do CC/1916, ora reproduzida no artigo 1.467, I, do CC/2002. Estabelece a regra em vigor, a exemplo do direito revogado: “Artigo 1.467. São credores pignoratícios, independentemente de convenção: I – os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, joias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito; (...)”. Já o artigo 1.468 do CC/2002, que reproduz o artigo 777 do CC/1916 refere: “A conta das dívidas enumeradas no inc. I do artigo antecedente será extraída conforme a tabela impressa, prévia e ostensivamente exposta na casa, dos preços de hospedagem, da pensão ou dos gêneros fornecidos, sob pena de nulidade do penhor.” Atualmente se trata de questão delicada, uma vez que ao mesmo tempo em que o Código Civil legitima o comportamento do credor de modo a garantir seu crédito, destaca-se o artigo 42, *caput*, do CDC, que refere: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. *A priori*, a autorização legal do artigo 1.567 do CC/2002 autoriza a prática, de modo que não há de se falar em ilegalidade. Todavia, sob incidência do artigo 42 do CDC, controlam-se os excessos.⁸⁴⁹

No que se refere à conta das dívidas, a tabela impressa dos preços, prévia e ostensivamente divulgada é início de prova, mas não irrefutável. É de usos e costumes que a denominada diária ou “tarifa” de balcão, ou seja, as constantes em tabela impressa, seja superior às negociadas para reservas e confirmações com antecedência. A conta cuja cobrança procede ao estabelecimento de hospedagem, deve espelhar o quanto ajustado com o hóspede. Nem mais, nem menos.

849. Entende a jurisprudência que a retenção das bagagens autorizada pela legislação é admitida, observado os limites inerentes ao exercício do direito pelo credor (TJRJ, ApCiv 00548488520078190001, 18.ª Câm. Civ., j. 27.03.2012, rel. Des. Gilberto Guarino). Por outro lado, o abuso do exercício do direito ao penhor legal pelo estabelecimento hoteleiro, autoriza indenização por dano moral (TJRS, ApCiv 70016134892, 9.ª Câm. Civ., j. 16.08.2006, rel. Iris Helena Medeiros Nogueira).

Por fim, refira-se que tudo o que se cobra em serviços acessórios, como chamadas telefônicas, serviços de Internet, lavanderia, refeições no quarto ou em restaurante, observam o disposto nos artigos 30 e 31 do CDC, quanto ao dever de informação prévia e a vinculação do fornecedor. Igual, a incidência do artigo 46 do CDC na hipótese de ausência de informação para o consumidor.

2.5.11 *Contratos de serviços educacionais*

Os contratos de prestação de serviços educacionais assumem crescente importância no mercado de consumo. A sociedade de consumo contemporânea é também a sociedade da informação e do conhecimento. Daí porque a busca pela qualificação pessoal, mediante a contratação de serviços de ensino, tornou-se objeto de relações de consumo cada vez mais numerosas. E aqui sejam citados tanto a prestação de serviços de educação formal, quanto cursos de aperfeiçoamento, ensino de idiomas, cursos de preparação técnica, de ensino de técnicas esportivas, dentre outros. No caso do ensino formal, lembre-se que a atividade de educação é livre à iniciativa privada (artigo 209, da Constituição Federal), uma vez que dentre os princípios estabelecidos pela Constituição está o da coexistência entre instituições públicas e privadas (artigo 206, inciso III). É espécie de serviço público não privativo. As instituições privadas funcionam mediante autorização do Poder Público, a quem compete igualmente fiscalizá-las, assim como devem observar as normas gerais da educação nacional.

Para caracterizar-se como relação de consumo, os contratos de prestação de serviços educacionais devem ser remunerados e ser prestados por uma instituição organizada para esta atividade, ainda que, em linha de princípio, admita-se também nesta hipótese, a prestação de serviços por profissional liberal (p. ex. professor particular). Pouco importa, para definir o fornecedor, investigar-se a natureza jurídica ou a finalidade lucrativa ou não que persegue com sua atividade. Não apenas no Brasil é observado que a prestação de serviços educacionais é uma atividade com significativa participação de instituições vinculadas a confissões religiosas, ou mesmo de organização comunitária, que sob a forma de associações ou fundações, não possuem fins lucrativos. A remuneração é o aspecto essencial do contrato de prestação de serviços de educação, que atrai a incidência do CDC.⁸⁵⁰ Daí porque não se aplica o CDC aos serviços públicos de educação, nos quais não se exige do cidadão remuneração direta.

850. Na mesma linha de entendimento, a jurisprudência dominante do STJ exclui a aplicação do CDC a contratos de financiamento estudantil decorrentes de programas governamentais de crédito educativo. Neste sentido, veja-se: "*Administrativo – Crédito educativo – Ação revisional – CDC – Inaplicabilidade – Capitalização mensal de juros – Matéria decidida sob enfoque constitucional – Tabela Price – Ausência de interesse recursal – TR – Incidência em contratos posteriores à lei 8.177/91 – Súmula 295/STJ – Limitação da taxa de juros e compensação de honorários – Súmula 282/STF*". 1. Na relação travada com o estudante que adere ao programa do crédito educativo, não se identifica relação de consumo, porque o objeto do contrato é um programa de governo, em benefício do estudante, sem conotação de serviço bancário, nos termos do artigo 3.º, § 2.º, do CDC. 2. Assim, na linha dos precedentes da Segunda Turma do STJ afasta-se a aplicação do CDC e, em consequência, mantém-se a multa contratual pactuada, bem como inviável a repetição em dobro de eventuais valores pagos a maior. 3. A discussão em torno de questão constitucional deve ser realizada na via apropriada, descabendo ao STJ, em sede de recurso especial analisar matéria da competência reservada à Suprema Corte (artigo 102, III, da CF). 4. Ausente o interesse recursal na hipótese em que o Tribunal de origem proferiu decisão no mesmo sentido pleiteado pelo recorrente, afastando a aplicação da Tabela Price. 5. O STJ firmou entendimento por meio do enunciado n. 295 de sua Súmula de que é

São vários os serviços de ensino e educação oferecidos no mercado de consumo. Tanto o ensino regular, formal, consistente na educação formativa própria de instituições, mediante autorização do Estado (ensino fundamental, médio e superior), quanto cursos preparatórios de concursos públicos, de idiomas, cursos técnicos diversos, em resumo, todos aqueles que tenham por finalidade repassar ao educando (neste caso consumidor), conhecimentos gerais ou específicos visando ao aprendizado ou desenvolvimento de habilidade ou formação. As obrigações do fornecedor dos serviços de educação dividem-se em cinco espécies: a) obrigação de informar sobre as características, pré-requisitos, custos, finalidade e extensão do curso, bem como o modo como será desenvolvido e seu tempo de duração, a pendência ou não de reconhecimento oficial em processamento,⁸⁵¹ dentre outros dados relevantes, conforme o caso; b) obrigação de assegurar o caráter regular do curso, o que abrange a conformidade do oferecimento, execução, cumprimento da carga-horária,⁸⁵² e emissão dos respectivos certificados com os regulamentos porventura existentes; c) obrigação de repasse integral do conteúdo didático do curso, na forma ajustada com o educando-consumidor; d) obrigação de assegurar condições físicas, materiais e ambientais de desenvolvimento do curso e sua adequada fruição pelo educando-consumidor; e) obrigação de garantir a segurança e integridade do educando quando esteja fruindo da prestação de serviço, tanto dentro da instituição de ensino,⁸⁵³ quanto em atividades de ensino ou pesquisa, com acompanhamento de profissionais da instituição, mesmo fora do estabelecimento de ensino.⁸⁵⁴ Além destas obrigações gerais, note-se que outras obriga-

possível à aplicação da TR em contratos firmados posteriormente à Lei 8.177/91. 6. Ausência de questionamento das teses em torno da limitação da taxa de juros e da inviabilidade da compensação de honorários. Incidência da Súmula 282/STF 7. Recursos especiais parcialmente conhecidos e não providos" (STJ, REsp 831.837/RS, 2.ª T., j. 02.06.2009, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 17.06.2009). No mesmo sentido: REsp 1031694/RS, 2.ª T., j. 02.06.2009, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 19.06.2009.

851. Assim decidiu o STJ, indicando que "a instituição de ensino superior responde objetivamente pelos danos causados ao aluno em decorrência da falta de reconhecimento do curso pelo MEC, quando violado o dever de informação ao consumidor" (STJ, REsp 1.232.773/SP, 3.ª T., j. 18.03.2014, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJe* 03.04.2014). No mesmo sentido: REsp 1079145/SP, Rel. p/ Acórdão, Min. Antônio Carlos Ferreira, 4.ª Turma, j. 28.04.2015, *DJe* 12.11.2015.
852. "Direito Civil. Contrato de prestação de serviços. Universidade. Mensalidade. Pagamento sem a devida contraprestação em horas-aula. Restituição. (...) Celebrado contrato de prestação de serviços entre a universidade e os recorrentes, e não tendo sido ministrado o número de créditos avençados, deve esta restituir o que recebeu a maior, indevidamente, sob pena de enriquecimento ilícito. 3. Não pode ser imputada aos recorrentes a anuência com o ilícito, pelo simples fato de ter ocorrido a colação de grau, pois buscaram, tanto na via administrativa quanto judicial, o reconhecimento do seu direito à repetição 4. Inexistindo cobrança ofensiva ou vexatória pela universidade, de forma a expor os alunos ao ridículo, não tem aplicação a repetição em dobro, prevista no artigo 42, parágrafo único, do CDC. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e parcialmente provido" (STJ, REsp 975.480/SC, 4.ª T., j. 16.11.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *DJe* 22.11.2010).
853. "Apelação civil. Danos morais. Queda em estabelecimento de ensino. Fratura de punho – piso molhado e escorregadio. Responsabilidade objetiva. Falta de aviso. Indenização devida. Majoração. Critérios de fixação. Responde a instituição de ensino pelos danos causados aos seus alunos, em razão da inexistência de advertência de que o piso se encontrava molhado. Tratando-se de evento de indenização por falha na prestação de serviço derivada de relação de consumo, a culpa pelo evento danoso deve ser analisada à luz da responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 14, do CDC, segundo a qual, para que surja o dever de indenizar, basta a existência do dano e do nexo de causalidade (...)" (TJMG, ApCiv0024.05.846429-8/001, j. 10.11.2011, rel. Estevam Maciel, *DJ* 06.12.2011).
854. "Civil e processual civil. Acidente ocorrido com aluno durante excursão organizada pelo colégio. Existência de defeito. Fato do serviço. responsabilidade objetiva. Ausência de excludentes de res-

ções específicas podem ser identificadas conforme a espécie de serviço e/ou do curso oferecido ao educando. No caso do oferecimento de cursos de ensino fundamental, médio e superior, ao tempo em que aumentam as exigências regulamentares estatais, da mesma forma não se perde de vista de que se tratam de cursos seriais, de execução continuada por certo tempo (a rigor, por certo número de anos), o que indica algum grau de dependência do educando e quando este seja menor, de seus pais ou responsáveis que contratem a prestação de serviço, em relação ao fornecedor. Assim, há de se reconhecer a necessidade de proteção em relação a alterações no curso da prestação de serviço que não tenham justificativa técnico-pedagógica fundamentada.⁸⁵⁵ Há neste sentido, direito subjetivo do educando à renovação da matrícula, quando não inadimplente por mais de 90 dias, conforme estabelece expressamente o artigo 6.º da Lei 9.870/99.⁸⁵⁶

ponsabilidade. 1. É incontroverso no caso que o serviço prestado pela instituição de ensino foi defeituoso, tendo em vista que o passeio ao parque, que se relacionava à atividade acadêmica a cargo do colégio, foi realizado sem a previsão de um corpo de funcionários compatível com o número de alunos que participava da atividade. 2. O Tribunal de origem, a pretexto de justificar a aplicação do artigo 14 do CDC, impôs a necessidade de comprovação de culpa da escola, violando o dispositivo ao qual pretendia dar vigência, que prevê a responsabilidade objetiva da escola. 3. Na relação de consumo, existindo caso fortuito interno, ocorrido no momento da realização do serviço, como na hipótese em apreço, permanece a responsabilidade do fornecedor, pois, tendo o fato relação com os próprios riscos da atividade, não ocorre o rompimento do nexo causal. 4. Os estabelecimentos de ensino têm dever de segurança em relação ao aluno no período em que estiverem sob sua vigilância e autoridade, dever este do qual deriva a responsabilidade pelos danos ocorridos. 5. Face as peculiaridades do caso concreto e os critérios de fixação dos danos morais adotados por esta Corte, tem-se por razoável a condenação da recorrida ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais. 6. A não realização do necessário cotejo analítico dos acórdãos, com indicação das circunstâncias que identifiquem as semelhanças entres o aresto recorrido e os paradigmas implica o desatendimento de requisitos indispensáveis à comprovação do dissídio jurisprudencial. 7. Recursos especiais conhecidos em parte e, nesta parte, providos para condenar o réu a indenizar os danos morais e materiais suportados pelo autor” (STJ, REsp 762.075/DF, 4.ª T., j. 16.06.2009, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 29.06.2009).

855. Decisão do STJ, contudo, reconhece a possibilidade de extinção de curso de graduação em ensino superior pela instituição ofertante, no caso da ausência de viabilidade econômica, com fundamento na autonomia universitária. Na decisão do caso, que envolvia pretensão de indenização de aluno que reclamou danos, é registrada a conduta da instituição em promover a transferência dos alunos remanescentes para outros cursos (STJ, REsp 1094769/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª Turma, j. 18.03.2014, DJe 15.08.2014). Merece registro o voto vencido do Min. Luis Felipe Salomão, que se afasta da decisão majoritária, justamente mencionando que “o encerramento, de forma abrupta, de curso superior em que o aluno esteja matriculado, sob o argumento de ser economicamente inviável, por falta de número mínimo de alunos, configura abuso de direito, passível da devida responsabilização civil pelos danos causados àqueles que confiaram na sua sequência e encerramento regular. Isso porque a prestação de serviços educacionais, mormente no âmbito de curso superior, tem com fator insito a legítima expectativa do aluno de concluir seu curso, pois, ainda que eventualmente renovado o contrato a cada ano ou semestre, a contratação se dá pelo prazo integral necessário à graduação.”
856. “Administrativo – Ensino superior – Instituição particular – Renovação de matrícula – Aluno inadimplente. 1. A Constituição Federal, no artigo 209, I, dispõe à iniciativa privada o ensino, desde que cumpridas as normas gerais da educação nacional. 2. A Lei 9.870/99, que dispõe sobre o valor das mensalidades escolares, trata do direito à renovação da matrícula nos artigos 5.º e 6.º, que devem ser interpretados conjuntamente. A regra geral do artigo 1.092 do CC/16 aplica-se com temperamento, à espécie, por disposição expressa da Lei 9.870/99. 3. O aluno, ao matricular-se em instituição de ensino privado, firma contrato oneroso, pelo qual se obriga ao pagamento

Não há, contudo, por parte do educado, direito de evitar ou opor-se a alterações curriculares, quando estas sejam determinadas por autoridades educacionais, ou no sentido de assegurar a regularidade do curso às normas vigentes.

No caso de cursos de idiomas ou de formação e/ou habilitação técnica em determinada competência (e.g. cursos de computação, de formação técnico-profissional), a prática demonstra a necessidade de atenção em relação à fase pré-contratual, no tocante à publicidade exagerada que prometa resultados irrazoáveis ou falsos,⁸⁵⁷ à venda casada do serviço de educação e material didático,⁸⁵⁸ assim como na fase pós-contratual, que o contrato não crie obstáculos gravosos para sua resolução pelo consumidor.⁸⁵⁹

das mensalidades como contraprestação ao serviço recebido. 4. O atraso no pagamento não autoriza aplicar-se ao aluno sanções que se consubstanciem em descumprimento do contrato por parte da entidade de ensino (artigo 5.º da Lei 9.870/99), mas está a entidade autorizada a não renovar a matrícula, se o atraso é superior a noventa dias, mesmo que seja de uma mensalidade apenas. 5. Recurso especial provido" (STJ, REsp 660.439/RS, 2.ª T., j. 02.06.2005, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 27.06.2005).

857. "Consumidor. Ensino privado. Pleito de restituição das quantias pagas cumulado com indenização por danos morais. Publicidade enganosa. Instituição de ensino que veicula publicidade de curso técnico em computação, quando na realidade se tratava de curso meramente profissionalizante, sem habilitação no MEC. Indução do consumidor em erro. Criação de expectativas no sentido de que ao aluno seriam oportunizados estágios, mediante a intermediação da escola. Frustração. Dano moral reconhecido. *Quantum* indenizatório adequadamente fixado, não comportando redução. Sentença de procedência confirmada pelos próprios fundamentos. Recurso desprovido" (TJRS, Recurso Cível n. 71001018860, 3.ª Turma Recursal Cível, j. 12.12.2006, rel. Eugênio Facchini Neto).
858. "Resolução de contrato com pedido de indenização por danos morais. Protesto indevido. Curso pré-vestibular. Desistência após o pagamento de três parcelas. Inexigibilidade do saldo devedor. Protesto indevido. Dano *in re ipsa*. Valor da indenização mantido I. O autor aduz ter contratado um curso pré-vestibular ("Certo Vestibulares") pelo valor de R\$ 2.040,00, já incluído o material didático. Contudo, não ficando satisfeito com as aulas e com o fato de que o curso não era reconhecido pelo MEC, postulou a rescisão do pacto após três meses, o que somente seria aceite pela ré mediante a quitação integral do saldo devedor (cláusula 6.ª do contrato de fl. 16). Embora a ré se declare uma editora de livros didáticos, para o consumidor ela transmite a ideia de ser um curso pré-vestibular. Ademais, pouco crível que as aulas fossem ministradas de forma gratuita. 2. Em que pese a ré refira ter oferecido a rescisão do contrato mediante o pagamento de apenas 20% sobre o saldo devedor, nenhuma prova produz em tal sentido (artigo 333, II, do CPC). Já tendo o autor quitado três parcelas e desistindo no início do curso, faz jus à desconstituição do débito e, por conseguinte, tem-se por indevido o protesto promovido pela requerida. 3. O protesto de título inexigível enseja abalo de crédito, que gera dano moral *in re ipsa*, prescindindo de prova específica. O valor fixado a título de indenização (R\$ 1.000,00) não pode ser minorado, pois fixado em montante muito aquém do parâmetro adotado pelas Turmas Recursais em casos análogos. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido" (TJRS, Recurso Cível n. 71002511301, 1.ª Turma Recursal Cível, j. 25.05.2010, rel. Ricardo Torres Hermann).
859. "Consumidor. Contrato de prestação de serviços. Ensino técnico. Cancelamento de matrícula. Cobrança do valor integral do curso. Abusividade. Multa limitada, no caso concreto. I. Não há como impingir ao aluno o pagamento integral do curso, principalmente pelo fato do mesmo não ter assistido a nenhuma aula e nem ter recebido o material didático. II. Não entregues os cheques garantidores do pagamento das mensalidades, poderia a recorrente ter presumido o cancelamento da matrícula, tendo tempo para substituir o aluno antes do início das aulas, dispondo de sua vaga. Situação em que se mostra adequada a limitação da multa contratual a 5% do valor do curso, em oposição aos 10% previstos. Recurso desprovido. Unânime" (TJRS, Recurso Cível n. 71001872860, j. 12.03.2009, 1.ª Turma Recursal Cível, rel. João Pedro Cavalli Junior).

Em geral, o contrato para prestação de serviços educacionais é por adesão, não podendo o consumidor dispor sobre suas cláusulas. Por isso, observa a interpretação pró-consumidor, devendo, da mesma forma, proceder-se o controle das cláusulas abusivas que porventura disponha. Dentre as principais cláusulas abusivas identificadas pela jurisprudência com relação a prestação de ensino regular estão as que disponham sobre o direito da instituição de reter documentos na hipótese de inadimplemento do consumidor. Esta conduta, aliás, é expressamente proibida pelo artigo 6.º da Lei 9.870/99, que dispõe: “Artigo 6.º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento...”. Da mesma forma, sobre o desligamento do educando inadimplente, seu § 1.º refere: “O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral”, sendo que a instituição de ensino deverá expedir a qualquer tempo, e independente da inadimplência do educando, os documentos de transferência de seus alunos (§ 2.º).

Outra situação que caracteriza inadimplemento contratual, porém gerando danos aos consumidores, diz respeito à ausência de certificação do curso, ou impedimento de expedição de certificado ou diploma em face do descumprimento de normas regulamentares das autoridades educacionais. Neste caso, presumem-se danos do consumidor em vista do inadimplemento da instituição, o que se regula pelo regime da responsabilidade pelo fato do serviço (artigo 14 do CDC), com o direito à indenização do consumidor.⁸⁶⁰ Da mesma forma, no caso de resilição unilateral do contrato pelo consumidor (denúncia), a cláusula penal jamais poderá ser de valor igual ao valor integral do contrato dado seu caráter desproporcional, a denotar estímulo à catividade contratual do consumidor. Neste sentido, pode-se considerar, quando do pagamento em parcelas da remuneração do contrato, a incidência do artigo 52 do CDC, e o limite de multa contratual que ele estabelece pelo inadimplemento, de 2%.⁸⁶¹ Já na hipótese em que se trate da devolução de valores pelo fornecedor do serviço, da mesma forma deve-se aten-

860. “Direito do consumidor. Oferecimento de curso de mestrado. Posterior impossibilidade de reconhecimento, pela CAPES/MEC, do título conferido pelo curso. Alegação de decadência do direito do consumidor a pleitear indenização. Afastamento. Hipótese de inadimplemento absoluto da obrigação da instituição de ensino, a atrair a aplicação do artigo 27 do CDC. Alegação de inexistência de competência da CAPES para reconhecimento do mestrado, e de exceção por contrato não cumprido. Ausência de prequestionamento. – Na esteira de precedentes desta Terceira Turma, as hipóteses de inadimplemento absoluto da obrigação do fornecedor de produtos ou serviços atraem a aplicação do artigo 27 do CDC, que fixa prazo prescricional de 5 anos para o exercício da pretensão indenizatória do consumidor. – Ausente o prequestionamento da matéria, não é possível conhecer das alegações de que não é da competência da CAPES reconhecer o mestrado controvertido, ou de que se aplicaria, à hipótese dos autos, a exceção de contrato não cumprido. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 773.994/MG, 3.ª T., j. 22.05.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 18.06.2007).

861. “Agravo regimental. Mensalidades escolares. Redução da multa moratória. Artigo 52, § 1.º, do CDC. Possibilidade. – É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória. – Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada” (STJ, AgrRg no Ag 572.088/SP, 3.ª T., j. 09.05.2006, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 29.05.2006). No mesmo sentido: “Consumidor. Contrato de prestações de serviços educacionais. Mensalidades escolares. Multa moratória de 10% limitada em 2%. Artigo 52, § 1.º, do CDC. Aplicabilidade. Interpretação sistemática e teleológica. Equidade. Função social do contrato. – É aplicável aos contratos de prestações de serviços educacionais o limite de 2% para a multa moratória, em harmonia com o disposto no § 1.º do artigo 52, § 1.º, do CDC. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 476.649/SP, 3.ª T., j. 20.11.2003, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 25.02.2004).

der ao critério da proporcionalidade, evitando-se nesta hipótese o enriquecimento sem causa de qualquer das partes contratantes.

A remuneração dos serviços de educação pré-escolar, fundamental, médio e superior é regulada pela Lei 9.870/99, a qual estabelece em seu artigo 1.º que “o valor das anuidades ou das semestralidades escolares do ensino pré-escolar, fundamental, médio e superior, será contratado, nos termos desta Lei, no ato da matrícula ou da sua renovação, entre o estabelecimento de ensino e o aluno, o pai do aluno ou o responsável”. E, no § 1.º do mesmo artigo, indica a lei o paradigma para reajuste ao referir que: “O valor anual ou semestral referido no *caput* deste artigo deverá ter como base a última parcela da anuidade ou da semestralidade legalmente fixada no ano anterior, multiplicada pelo número de parcelas do período letivo”. Como regra, o período mínimo para reajustamento da mensalidade é de um ano, sendo nula a cláusula que disponha prazo inferior (artigo 1.º, § 6.º), sendo critério para fixação do percentual de majoração, a evolução dos custos por intermédio de planilha de custos a ser apresentada pela escola (artigo 1.º, § 3.º). Note-se que, conforme o artigo 7.º, da Lei 9.870/99, têm legitimação ativa para demandar judicialmente em defesa do direito dos consumidores, neste caso, as associações de alunos, associações de pais e responsáveis. Prevê a lei condição para a substituição processual, que haja deliberação com apoio de 20% (vinte por cento) de pais de alunos, ou de alunos, no caso de instituições de ensino superior. Esta exigência, contudo, foi afastada em recente precedente do STJ, em vista da interpretação do artigo 7.º da Lei 9.870/99 em harmonia com o disposto no artigo 82, IV, do CDC, que expressamente dispensa a autorização assemblear quando se trate de ação coletiva.⁸⁶² Observe-se que esta legitimação especial prevista na Lei 9.870/99 não exclui aquela prevista no artigo 81 do CDC, conforme, aliás, é reconhecido nas situações quem é o Ministério Público quem maneja a respectiva ação.⁸⁶³

862. “Ação Civil Pública. Centro Acadêmico de Direito. Legitimidade. Associação Civil regularmente constituída. Representação adequada. Lei 9.870/99. Exegese sistemática com o CDC. 1. Os ‘Centros Acadêmicos’, nomenclatura utilizada para associações nas quais se congregam estudantes universitários, regularmente constituídos e desde que preenchidos os requisitos legais, possuem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos individuais homogêneos, de índole consumerista, dos estudantes do respectivo curso, frente à instituição de ensino particular. Nesse caso, a vocação institucional natural do centro acadêmico, relativamente aos estudantes de instituições de ensino privadas, insere-se no rol previsto nos artigos 82, IV, do CDC, e artigo 5.º da Lei 7.347/85. 2. A jurisprudência do STF e do STJ reconhece que, cuidando-se de substituição processual, como no caso, não é de exigir-se autorização *ad hoc* dos associados para que a associação, regularmente constituída, ajuíze a ação civil pública cabível. 3. Por outro lado, o artigo 7.º da Lei 9.870/99, deve ser interpretado em harmonia com o artigo 82, IV, do CDC, o qual é expresso em afirmar ser ‘dispensada a autorização assemblear’ para as associações ajuizarem a ação coletiva. 4. Os centros acadêmicos são, por excelência e por força de lei, as entidades representativas de cada curso de nível superior, mercê do que dispõe o artigo 4.º da Lei 7.395/85, razão pela qual, nesse caso, o ‘apoio’ a que faz menção o artigo 7.º, da Lei 9.870/99 deve ser presumido. 5. Ainda que assim não fosse, no caso houve assembleia especificamente convocada para o ajuizamento das ações previstas na Lei 9.870/99 (fls.), havendo sido colhidas as respectivas assinaturas dos alunos, circunstância em si bastante para afastar a ilegitimidade aventada pelo acórdão recorrido. 6. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.189.273/SC, 4.ª T., j. 01.03.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 04.03.2011).

863. “Processual civil. Artigo 535 do CPC. Omissão e contradição. Inocorrência. Contrato de prestação de serviço educacional. Abusividade. Ação civil pública. Legitimidade do Ministério Público. Art. 7.º da Lei 9.870/99. 1. O Tribunal *a quo* manifestou-se exaustivamente quanto aos assuntos levantados nos embargos de declaração, apenas contrariando o interesse da parte, o que, por óbvio, não basta para ficar configurado o vício de omissão atribuído ao aresto em testilha. 2. Não prospera a assertiva de

No caso do ensino superior, onde se admite, quando o estudante troca de instituição de ensino ou de curso, a possibilidade de aproveitamento de créditos ou disciplinas, não pode o fornecedor cobrar sob qualquer pretexto, remuneração relativas a essas que já foram cursadas. Sob pena de exigir-se a prestação pecuniária sem a correspondente contraprestação de serviço, ofendendo a noção de equilíbrio do contrato.⁸⁶⁴

Da mesma forma, há controle em relação às formas de cobrança de dívidas do consumidor com a instituição educacional, de modo a evitar a exposição do consumidor à vexame e humilhação (artigo 42, do CDC). Neste sentido, em especial com relação a educação de crianças e adolescentes, mas do mesmo modo em relação aos estudantes em geral, não podem ser estes expostos perante os colegas em razão da cobrança de dívidas com a instituição de ensino. De igual forma, em se tratando de menores, é de salientar que o contrato será celebrado pelos pais e responsáveis do menor e em relação a eles é que são exigíveis as obrigações contratuais de pagamento. O menor não deve se envolver de nenhum modo com isto, seja em face da sua proteção jurídica especial (artigo 227 da Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Ado-

que a Corte de origem incorreu em contradição, a qual resta caracterizada somente na hipótese em que a decisão judicial contém proposições inconciliáveis, o que não ocorreu no caso vertente. 3. Na origem, trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Goiás em desfavor da Universidade Vale do Acaraú – UVA sob o fundamento de que diversas das cláusulas inseridas nos contratos de prestação de serviços educacionais celebrados junto aos alunos da referida instituição revestem-se de manifesta abusividade, devendo, portanto, ser alteradas ou mesmo excluídas da avença. 4. A fim de ampliar o espectro da tutela coletiva e permitir uma maior participação dos interessados diretos nas disputas dessa natureza, vários diplomas legais foram acrescentando, ao rol inicialmente estabelecido, outros entes dotados de legitimidade para ingressar com ação civil pública em situações especificamente definidas, como bem exemplifica o 7.º da Lei 9.870/99, que disciplina os contratos de prestação de serviço educacional, nos seguintes termos: ‘São legitimados à propositura das ações previstas na Lei n. 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta Lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso, o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior’. 5. É inconcebível a tese de que o advento dessa norma operou implicitamente a exclusão do *parquet* como legitimado para ingressar com ação civil pública relacionada a assuntos dessa espécie. O argumento não se coaduna em absoluto com o microsistema processual da tutela coletiva existente no ordenamento pátrio, no qual vige a legitimidade concorrente e disjuntiva em que a inclusão de um ente como legitimado não afasta essa qualificação dos demais. 6. Não cabe a aplicação de multa em embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento. Aplicação da Súmula 98/STJ. 7. Recurso especial provido em parte” (STJ, REsp 1012158/GO, 2.ª T., j. 04.06.2009, rel. Min. Castro Meira, DJe 17.06.2009). No mesmo sentido, o precedente mais antigo da Corte: “*Ação civil pública. Cobrança antecipada e reajuste das mensalidades escolares. Legitimidade ativa ad causam do Ministério Público*. 1. As Turmas que compõem a 2.ª Seção deste Tribunal são competentes para decidir questões relativas a reajustes de mensalidades escolares por estabelecimentos de ensino particulares. Precedentes da Corte Especial. 2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para impedir a cobrança antecipada e a utilização de índice ilegal no reajuste das mensalidades escolares, havendo, nessa hipótese, interesse coletivo definido no artigo 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor. 3. A atuação do Ministério Público justifica-se, ainda, por se tratar de direito à educação, definido pela própria Constituição Federal como direito social. 4. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 138.583/SC, 3.ª T., j. 06.08.1998, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 13.10.1998).

864. STJ, REsp 334.837/MG, 4.ª T., j. 12.03.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20.05.2002; No mesmo sentido: REsp 927.457/SP, 4.ª T., j. 13.12.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão.

lescente), seja simplesmente por que não foi ele quem contratou o serviço, cabendo-lhe exclusivamente a fruição do mesmo. Deste modo, é contrária à boa-fé, e por isso abusiva, qualquer cobrança de dívidas que exponha o menor a pressão ou constrangimento.

Ressalte-se, todavia, que por se tratar de relação de consumo, não se restringe por isso o poder de direção do processo de ensino e aprendizagem que pertence à instituição, apresentada em geral por professores e/ou outros funcionários tecnicamente habilitados. Assim, a manutenção da disciplina, controle de assiduidade e avaliação dos méritos estão entre as exigências a serem cumpridas pelo educando, como parte da prestação de serviços oferecida pela instituição.⁸⁶⁵ Em boa medida, o atendimento destas regras de funcionamento acadêmico – que devem ser previamente informadas pela instituição – integram tanto o serviço a ser prestado a cada educando em particular, quanto a grupo, na medida em que mantêm as condições ambientais para a execução das demais obrigações.

2.5.12 Contratos de serviços de telecomunicação

Os serviços de telecomunicações ocupam posição central na sociedade contemporânea. A sociedade de consumo é também, sociedade de informação. O fluxo e acesso a informações, para os mais diversos fins, pessoais, comerciais ou para o lazer, dependem da prestação de serviços de telecomunicações. Em um primeiro momento, constituía-se como regra, objeto do direito do consumidor, os serviços de telefonia. Com o impressionante desenvolvimento tecnológico da atividade, outros meios de telecomunicação surgiram, e desde logo passaram a ser oferecidos no mercado de consumo. É o caso, por exemplo, dos serviços de telefonia móvel celular e da internet.

Do ponto de vista jurídico-normativo, convém mencionar que a Emenda Constitucional n. 8, de 1995 que admitiu a participação de empresas privadas na prestação de serviços de telecomunicação, no contexto do Programa Nacional de Desestatização que, instituído pela Lei 8.031/1990 (posteriormente revogada pela Lei 9.491/1997, que alterou os procedimentos do programa), tem forte incentivo a partir da segunda metade da década. Os serviços de telefonia, com o surgimento da telefonia móvel celular, passaram a ter regimes jurídicos distintos, a partir do disposto pela Lei 9.295/1996. A telefonia fixa manteve-se como espécie de serviço público de titularidade da União, podendo, contudo, ser prestada mediante delegação por particulares que passaram a adquirir, nos anos seguintes, o controle acionário de sociedades de economia mista, fazendo com que deixassem de ostentar esta natureza. Já os serviços de telefo-

865. Isso não significa, contudo, que do exame do atendimento às obrigações contratuais pelo fornecedor de serviços educacionais, não possam se encontrar falhas que se caracterizem tanto como vício, quanto como fato do serviço. Assim ensina a decisão do TJRJ: “Responsabilidade civil. Danos morais. Estabelecimento de ensino. Experiência com alunos que poderia levar à morte. Responsabilidade solidária da instituição por ato de seus prepostos. Experiência na aula de Ciências ministrada pelo segundo réu, consistente na colocação de um saco plástico na cabeça pelo máximo de tempo que o aluno suportasse, para que fossem constatados os efeitos da inalação de gás carbônico no organismo humano, da qual decorre a responsabilidade solidária da instituição de ensino por ato de seu preposto. A culpa do professor importa responsabilidade objetiva da instituição ré, a teor do artigo 14, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor, somente elidida ante a comprovação da ausência de participação do seu preposto no resultado lesivo, prova esta que não logrou produzir. Falha na prestação de serviço a ensejar o direito à indenização por danos morais. Verba indenizatória fixada de maneira parcimoniosa, devendo ser majorada. Provento ao recurso” (TJRJ, ApCiv. 0115487-6.2010.8.19.0001, j. 30.11.2011, rel. Edson Vasconcelos).

nia móvel passaram a ser desempenhados como atividade econômica em sentido estrito, cabendo à União sua regulação e fiscalização, bem como a outorga das respectivas bandas para utilização das operadoras de telefonia móvel.

A Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/1997 – sedimentou estas transformações e criou uma agência de regulação do setor, a ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações. A finalidade do sistema instituído pela legislação foi, claramente, o estímulo à competição entre diferentes prestadores de serviços de telecomunicação no mercado, de modo a promover a eficiência e melhores condições na qualidade dos serviços e respectivos custos para o consumidor. Embora tenha havido inegável avanço no acesso de consumidores aos serviços de telecomunicação, são notórias as situações de violação dos direitos previstos pelo CDC pelos fornecedores dos serviços de telecomunicação, em especial, de telefonia.

O art. 3.º da Lei Geral de Telecomunicações estabelece, de sua vez: “Art. 3.º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: I – de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; II – à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço; III – de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço; IV – à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços; V – à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas; VI – à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; VII – à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais; VIII – ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço; IX – ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço; X – de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço; XI – de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor; XII – à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos”. Da mesma forma, prevê o art. 5.º, da mesma Lei: “Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público”. Ou seja, a proteção dos consumidores de serviços de telecomunicação define-se pela soma dos direitos estabelecidos na Lei 9.472/1997 – que da mesma forma estabelece certos deveres aos usuários – e do CDC.

Da mesma forma, o desenvolvimento tecnológico das telecomunicações, com o incremento da informática, dá origem a serviços com certo grau de sofisticação complexidade, sejam estas características do serviço, seu modo de execução, ou dos produtos cuja utilização é necessária para fruição de todas as suas comodidades, bem como em decorrência da falha do serviço, apta a gerar danos indenizáveis.⁸⁶⁶ Essa característica atual dos serviços de telecomunicação deve ser considerada para efeito de identificação da vulnerabilidade do consumidor especificamente em relação a eles, o que de certo modo se verifica em todas as fases da contratação.

A prestação dos serviços de telecomunicações, especialmente da telefonia, merece especial proteção do direito do consumidor. Embora apenas no caso dos serviços de telefonia fixa haja a prestação em regime público, o fato é que o serviço de telefonia em si, independente do modo

866. TJRS, ApCiv 70055189062, 9.ª Câm. Cív., j. 11.09.2013, rel. Eugênio Facchini Neto. No mesmo sentido: TJRS, ApCiv 70044015451, 12.ª Câm. Cív., j. 18.07.2013, rel. Umberto Guaspari Sudbrack; e TJSP, ApCiv 0039545-28.2010.8.26.0002, 20.ª Câm. Cív., j. 21.05.2014, rel. Rebelo Pinho.

como é oferecido, deve ser considerado essencial, dada sua importância decisiva na vida contemporânea, seja nas relações negociais, ou mesmo nas demais utilidades da comunicação instantânea. Esta definição dá causa a série de consequências. Daí porque a restrição indevida ou discriminatória do acesso ao serviço deve ser coibida.

Mencione-se sobre o tema, ainda, a Resolução 632, de 2014, da ANATEL, que instituiu o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor dos Serviços de Telecomunicação, estabelecendo regras sobre atendimento, cobrança e oferta de serviços relativos ao Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, ao Serviço Móvel Pessoal – SMP, ao Serviço de Comunicação Multimídia – SCM e aos Serviços de Televisão por Assinatura. O art. 1o, § 2.º, do Regulamento em questão, de modo a preservar sua validade, refere expressamente que suas normas se aplicam em acordo com o CDC.

O art. 3.º, do Regulamento em questão relaciona série de direitos do consumidor, dentre os quais: “I – ao acesso e fruição dos serviços dentro dos padrões de qualidade e regularidade previstos na regulamentação, e conforme as condições ofertadas e contratadas; II – à liberdade de escolha da Prestadora e do Plano de Serviço; III – ao tratamento não discriminatório quanto às condições de acesso e fruição do serviço, desde que presentes as condições técnicas necessárias, observado o disposto na regulamentação vigente; IV – ao prévio conhecimento e à informação adequada sobre as condições de contratação, prestação, meios de contato e suporte, formas de pagamento, permanência mínima, suspensão e alteração das condições de prestação dos serviços, especialmente os preços cobrados, bem como a periodicidade e o índice aplicável, em caso de reajuste; V – à inviolabilidade e ao sigredo de sua comunicação, respeitadas as hipóteses e condições constitucionais e legais de quebra de sigilo de telecomunicações e as atividades de intermediação da comunicação das pessoas com deficiência, nos termos da regulamentação; VI – à não suspensão do serviço sem sua solicitação, ressalvada a hipótese do Capítulo VI do Título V (suspensão ou resolução por falta de pagamento ou inserção de crédito) ou por descumprimento de deveres constantes do art. 4o da LGT, sempre após notificação prévia pela Prestadora; VII – à privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela Prestadora; VIII – à apresentação da cobrança pelos serviços prestados em formato adequado, respeitada a antecedência mínima prevista no art. 76 (cinco dias antes da data de vencimento); IX – à resposta eficiente e tempestiva, pela Prestadora, às suas reclamações, solicitações de serviços e pedidos de informação; X – ao encaminhamento de reclamações ou representações contra a Prestadora, junto à Anatel ou aos organismos de defesa do consumidor; XI – à reparação pelos danos causados pela violação dos seus direitos; XII – a ter restabelecida a integridade dos direitos relativos à prestação dos serviços, a partir da quitação do débito, ou de acordo celebrado com a Prestadora; XIII – a não ser obrigado ou induzido a adquirir serviços, bens ou equipamentos que não sejam de seu interesse, bem como a não ser compelido a se submeter a qualquer condição, salvo diante de questão de ordem técnica, para recebimento do serviço, nos termos da regulamentação; XIV – a obter, mediante solicitação, a suspensão temporária do serviço prestado, nos termos das regulamentações específicas de cada serviço; XV – à rescisão do contrato de prestação do serviço, a qualquer tempo e sem ônus, sem prejuízo das condições aplicáveis às contratações com prazo de permanência; XVI – de receber o contrato de prestação de serviço, bem como o Plano de Serviço contratado, sem qualquer ônus e independentemente de solicitação; XVII – à transferência de titularidade de seu contrato de prestação de serviço, mediante cumprimento, pelo novo titular, dos requisitos necessários para a contratação inicial do serviço; XVIII – ao não recebimento de mensagem de texto de cunho publicitário em sua estação móvel, salvo consentimento prévio, livre e expresso; XIX – a não ser cobrado pela assinatura ou qualquer outro valor referente ao serviço durante a sua suspen-

são total; e XX – a não ter cobrado qualquer valor alheio à prestação do serviço de telecomunicações sem autorização prévia e expressa”.

Dentre outras regras operacionais relevantes estabelecidas no regulamento, cite-se o direito de acesso ao protocolo de reclamação em até 24 horas após sua realização (art. 7o, § 3.º), e a resolução da demanda em até 5 dias (art. 8o). Da mesma forma, prevê o direito de acesso ao histórico de demandas realizadas perante o fornecedor (art. 10), informações mínimas de oferta (art. 41) e cláusulas necessárias nos contratos de serviços de telecomunicação (art. 50).

O Regulamento 632/2014 prevê, ainda, critérios de limitação da possibilidade de suspensão e resolução do contrato no caso de inadimplemento do consumidor (art. 90 e ss.), inclusive com o direito de purga da mora, em acordo com o direito do consumidor à manutenção do contrato.

2.5.12.1 Proteção do consumidor de serviços de telecomunicação na fase pré-contratual

Na fase pré-contratual, a vulnerabilidade técnica do consumidor frente aos serviços de telecomunicação, quando sejam oferecidos em diferentes modalidades, implica no dever do fornecedor de explicitar as condições da oferta de tal modo que se façam compreensíveis ao leigo, que desconhece com maior profundidade, aspectos técnicos do serviço. Assim, por exemplo, a oferta de planos de transmissão de dados pelos operadores de telefonia móvel, para acesso à internet por intermédio de aparelhos multifuncionais não pode se dar sem certo nível de esclarecimento quanto ao uso ordinário admitido a partir das diversas opções. O mesmo ocorre na oferta de serviços de televisão por assinatura, em que as ofertas combinadas de casais (denominados igualmente, “pacotes”), devem explicitar quais estarão disponíveis para acesso e quais não. Emblemático, igualmente, é a oferta de serviços de acesso à internet, em que a velocidade oferecida para o tráfego de dados é aquela definida como seu limite máximo, deixando-se de explicitar que durante a execução dos serviços, esta velocidade poderá variar, como regra, para menos. Isso é relevante na medida em que, mesmo que existente justificativa técnica que permita tal circunstância como inerente à natureza do serviço, é evidente que tais condições devem ser informadas ao consumidor, sob pena de considerar-se mesmo, enganosa a oferta publicitária que venha a omiti-las.

Parece correto observar que, em grande medida, o alto nível de conflituosidade entre consumidores e fornecedores de serviços de telefonia, por exemplo, explica-se por violações ao dever de informar pelo fornecedor, no momento da oferta dos serviços. A falta de informações prévias compreensíveis acerca dos serviços contratados, sua disponibilidade e extensão, bem como a contradição entre a oferta publicitária e as condições do contrato efetivamente celebrado terminam por frustrar expectativas legítimas dos consumidores. Incide no caso, o art. 30 do CDC, tendo por efeito a vinculação do fornecedor por qualquer informação ou publicidade suficientemente precisa. Da mesma forma, em relação aos instrumentos contratuais, é imperativo o disposto no art. 46 do CDC, cujo efeito é tornar inexigível do consumidor quaisquer obrigações sobre as quais não lhe tenha sido dado conhecimento prévio. Como sempre, não é demais lembrar, aqui também, que o dever de informação do fornecedor não é atendido pelo mero repasse destas ao consumidor, senão pela promoção do efetivo esclarecimento deste sujeito vulnerável.

Outra situação característica da violação de direitos do consumidor na fase pré-contratual é a venda casada. A imposição de serviços adicionais no caso dos serviços de telefonia, como identificador de chamadas, secretária eletrônica e outros de mesma espécie, podem caracterizar

a venda casada – na medida em que ofendem a liberdade de escolha do consumidor – quando não se traduzem na prática comercial adotada por operadoras de telefonia, mesmo, como venda clandestina, uma vez que sequer são informadas ao consumidor, que as identificará apenas quando do exame das respectivas faturas para pagamento. Neste caso, há ofensa ao dever de informar pelo fornecedor – podendo em tese, gerar o mesmo efeito do art. 46 do CDC – mas também se pode interpretar tais situações como violadoras da liberdade de contratar do consumidor, fazendo incidir a regra do art. 39, II, do CDC, e implicando na nulidade parcial do ajuste naquilo que não houver sido informado ao consumidor.

Diga-se, contudo, que tais práticas, embora padeçam de evidente ilicitude, permanecem sendo adotadas pelos fornecedores, em especial considerando a inefetividade prática das sanções previstas pelo Direito, seja pelo pouco estímulo à reclamação individual pelos consumidores, via administrativa ou por intermédio do Poder Judiciário – em face da pouca expressão dos valores envolvidos – ou mesmo pelo déficit de atuação dos órgãos de fiscalização do setor (notadamente a ANATEL).

2.5.12.2 *Proteção do consumidor dos serviços de telecomunicação na execução do contrato*

Na execução dos contratos de serviços de telecomunicação prestados ao consumidor identificam-se, igualmente, diversos aspectos que devem ser considerados em vista da proteção legal definida pelo CDC. Em primeiro lugar, observe-se que no dever de qualidade dos serviços de telecomunicação ofertados pelo consumidor, insere-se a continuidade e adequação do serviço. Significa dizer que viola este dever de qualidade as interrupções na disponibilidade do serviço – de regra existente quando a oferta ultrapassa a capacidade de atendimento dos próprios fornecedores. Ou ainda a oferta precária destes serviços, sem condições para que atendam a finalidade legítima que deles espera o consumidor. Nestes casos, a interrupção ou oferta precária do serviço dão ao consumidor o direito ao abatimento do preço em relação ao período pelo qual se prolongou a indisponibilidade.

Outra questão diz respeito à imposição aos consumidores, de prazos mínimos de vigência do contrato, por intermédio de cláusulas de fidelização. Estas cláusulas em geral são dispostas, normalmente, nos contratos de telefonia, sob a justificativa de configurarem contrapartida do consumidor a um benefício a que fez jus no momento da contratação, seja quanto a valores cobrados, descontos ou aparente gratuidade na aquisição de aparelho para uso do serviço. Resultam pois, de uma estratégia negocial dos fornecedores de serviços para captação de consumidores mediante redução dos valores despendidos inicialmente e sua diluição em certo tempo de contratação.

Além da óbvia indicação de que são cláusulas que, por impor restrição ao direito de resolução do contrato, devem ser informadas previamente, sob pena de nulidade, por outro lado suscitam questionamento quanto ao seu próprio conteúdo. *A priori*, não se encontra abusividade *per se* na cláusula de fidelização, quando ela tiver por fundamento uma efetiva retribuição diferida do consumidor em razão de vantagem que obteve no âmbito do mesmo contrato ou de outro conexo com ele (a aquisição do aparelho ou equipamento necessário à fruição do serviço, por exemplo). Todavia, submete-se o tempo e os valores da retribuição ao necessário controle inerente à natureza sinalagmática do contrato. Ou seja, nem os valores pelos quais se obriga o consumidor, nem o prazo de vigência do contrato podem ser de tal nível que a contribuição do consumidor torne-se excessivamente onerosa. Sobre o tema, aliás, o STJ entendeu no mesmo

sentido aqui exposto, ou seja, de que havendo vantagem efetiva para o consumidor pode haver sua retribuição por intermédio de cláusula de fidelização. No caso, contudo, que envolvia serviços de telefonia móvel celular, identificou a Corte que o prazo de fidelização que supere os doze meses pode ser considerado irrazoável, restringindo demasiadamente o direito do consumidor de obter novas ofertas no mercado, dado o caráter dinâmico que alcançaram estes serviços.⁸⁶⁷ No mesmo sentido, o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor aprovado pela Resolução 632/2014, define em seu art. 57, § 1.º, o limite máximo de 12 meses para tempo de permanência máximo definido em contrato.

Outra questão que emerge das cláusulas de fidelização nos serviços de telefonia móvel celular, diz respeito às situações em que ela é estabelecida em contrapartida à aquisição pelo consumidor em condições facilitadas ou sem desembolso do preço, nas hipóteses em que este aparelho venha a se perder sem culpa do consumidor (como nos exemplos de furto ou roubo do mesmo). Nestes casos, a questão é definir de que modo se define a continuidade ou não do contrato, em face da impossibilidade de fruição do serviço pelo consumidor. Um primeiro entendimento é o de que, tornando-se impossível a prestação por caso fortuito ou força maior (art. 393 do CC), a hipótese seria de resolução do contrato. Em favor deste entendimento, igualmente, estaria o argumento de que a perda do aparelho, neste caso, seria risco inerente à atividade do fornecedor. Por outro lado, entendimento diverso é aquele que sustenta a impossibilidade de definir como um ônus do fornecedor ocorrência sobre a qual não tem nenhum domínio, e que ao contrário, beneficiando exclusivamente ao consumidor, apenas a este seria dado a oportunidade de alegar sua ocorrência. A solução encontrada pela jurisprudência, neste caso, foi salomônica, entendendo pela obrigação do fornecedor de oferecer pelo período restante da vigência do contrato, de modo gratuito, outro aparelho de telefonia, ou a redução à metade do valor da multa contratada.⁸⁶⁸ A solução de integração do contrato é inteligente considerando a

867. "Recurso Especial – Ação de rescisão de contrato de prestação de serviços de telefonia móvel e de comodato de aparelhos celulares – Exclusão de multa por inobservância do prazo de carência – Sentença de improcedência – Acolhimento do pleito recursal da autora pela corte a quo – Reconhecimento, no aresto estadual, de nulidade da cláusula de fidelização, por configurar venda casada. Inurgência da concessionária de telefonia. 1. Contratação simultânea de prestação de serviços de telefonia móvel e de 'comodato' de aparelhos celulares, com cláusula de fidelização'. Previsão de permanência mínima que, em si, não encerra 'venda casada'. 2. Não caracteriza a prática vedada pelo art. 39, inc. I, do CDC, a previsão de prazo de permanência mínima ('fidelização') em contrato de telefonia móvel e de 'comodato', contanto que, em contrapartida, haja a concessão de efetivos benefícios ao consumidor (v.g. custo reduzido para realização de chamadas, abono em ligações de longa distância, baixo custo de envio de 'short message service' – SMS, dentre outras), bem como a opção de aquisição de aparelhos celulares da própria concessionária, sem vinculação a qualquer prazo de carência, ou de outra operadora, ou mesmo de empresa especializada na venda de eletroportáteis. 3. Superado o fundamento jurídico do acórdão recorrido, cabe a esta Corte Superior de Justiça julgar a causa, aplicando o direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ e da Súmula n. 456/STF 4. Em que pese ser possível a fixação de prazo mínimo de permanência, na hipótese dos autos, o contrato de 'comodato' de estações móveis, entabulado entre as partes, estabeleceu a vigência por 24 (vinte e quatro) meses, distanciando-se das determinações regulamentares da ANATEL (Norma Geral de Telecomunicações n. 23/96 e Resolução 477/2007), de ordem a tornar tal estipulação, inequivocamente, abusiva, haja vista atentar contra a liberdade de escolha do consumidor, direito básico deste. 5. Recurso especial desprovido" (STJ, REsp 1.097.582/MS, 4.ª T., j. 19.03.2013, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 08.04.2013).

868. "Direito Civil, Processual Civil e do Consumidor. Sentença extra petita. Decisão fundada em fatos ligados à causa de pedir. Inexistência. Conexão. Discricionariedade do juiz na sua determinação. Ação Civil

causa contratual e interesse legítimo das partes frente a situação de anormalidade da execução contratual a qual nenhuma das partes deu causa e evitando a imposição de onerosidade excessiva ao consumidor, que resultaria da manutenção do pagamento da remuneração pelo serviço que se encontraria impossibilitado de fruir.

Em relação ao equilíbrio contratual e à proteção do consumidor em relação à excessiva onerosidade do contrato, destaca-se que a cobrança de tarifa básica mensal nos serviços de telefonia fixa foi contestada em vista do argumento de que configuraria cobrança por serviços não prestados efetivamente pelo fornecedor. Entendeu a jurisprudência, contudo, que a remuneração em questão, pela mera disponibilidade da linha telefônica, pelo fato de estar prevista no contrato de concessão celebrado entre o fornecedor do serviço e União, integra a política tarifária, e está protegida pelo equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que deve ser preservado. Neste sentido, aliás, orienta a Súmula 356 do STJ, que refere: “É legítima a cobrança da tarifa básica pelo uso dos serviços de telefonia fixa”.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito à informação do consumidor durante a execução do contrato, em relação aos dados sobre a utilização e custos específicos dos serviços de telefonia. Neste sentido é de se observar que o modo de apresentação da fatura/demonstrativo de serviços deve atender o direito à informação do consumidor estabelecido no art. 6.º, III, do CDC (inclusive custo de tributos, conforme passou a exigir a redação advinda da Lei 12.741/2012). Todavia, a legislação prevê que o oferecimento de informações detalhadas sobre o uso do serviço depende de requerimento do consumidor. O Decreto 4.733/2003 estabelece em seu art. 7.º, incisos X e XI, como diretrizes da política de telecomunicações que “a fatura das chamadas locais deverá, com ônus e a pedido do assinante, ser detalhada quanto ao número chamado, duração, valor, data e hora de cada chamada” (inciso X); e de que “a fatura das chamadas de longa distância nacional e internacional deverá, sem ônus para o assinante, informar o número chamado, duração, valor, data e hora de cada chamada” (inciso XI). Esta exigência de requerimento do assinante é reconhecida, pois, também pela jurisprudência.⁸⁶⁹ Todavia, o Regulamento

Pública. Cumulação de pedidos. Possibilidade. Contrato de prestação de serviço de telefonia móvel pessoal com prazo mínimo de vigência. Perda do aparelho por caso fortuito ou força maior. ANATEL. Legitimidade passiva. Inexistência. Revisão do contrato. Cabimento, para determinar a disponibilização de outro aparelho pela operadora ou, alternativamente, a resolução do contrato com redução, pela metade, da multa rescisória. (...) – A perda de aparelho celular (vinculado a contrato de prestação de serviço de telefonia móvel pessoal com prazo mínimo de vigência), decorrente de caso fortuito ou força maior, ocasiona onerosidade excessiva para o consumidor, que, além de arcar com a perda do aparelho, pagará por um serviço que não poderá usufruir. Por outro lado, não há como negar que o prazo de carência fixado no contrato de prestação de serviços tem origem no fato de que a aquisição do aparelho é subsidiada pela operadora, de modo que a fidelização do cliente visa a garantir um mínimo de retorno do investimento feito. Tal circunstância exige a compatibilização dos direitos, obrigações e interesses das partes contratantes a nova realidade surgida após a ocorrência de evento inesperado e imprevisível, para o qual nenhuma delas contribuiu, dando ensejo à revisão do contrato, abrindo-se duas alternativas, a critério da operadora: (i) dar em comodato um aparelho ao cliente, durante o restante do período de carência, a fim de possibilitar a continuidade na prestação do serviço e, por conseguinte, a manutenção do contrato; ou (ii) aceitar a resolução do contrato, mediante redução, pela metade, do valor da multa devida, naquele momento, pela rescisão. – Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. Súmula 98/STJ. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 1.087.783/RJ, 3.ª T., j. 01.09.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10.12.2009).

869. “Telefonia fixa. Detalhamento das chamadas. Obrigatoriedade. Termo inicial. Solicitação do usuário. Gratuidade. Embargos de declaração tidos como protelatórios. Multa. Afastamento. Súmula 98/STJ. I

to do Serviço Telefônico Fixo Comutado (Resolução 426/2005, da ANATEL), definiu como direito do usuário a informação sobre o detalhamento da fatura (art. 11, V).

De relevo, igualmente, mencionar o direito previsto no Regulamento Geral de Direitos do Consumidor, editado pela ANATEL (Resolução 632/2014), de restituição em dobro dos valores cobrados indevidamente dos consumidores. Neste sentido, embora haja o entendimento jurisprudencial no sentido da exigência de má-fé do fornecedor para que haja a devolução em dobro (art. 42, parágrafo único, do CDC), o art. 85 do Regulamento define o direito sem tal limitação, incluindo correção monetária e juros de 1% ao mês.⁸⁷⁰ Da mesma forma, o meio de devolução dos valores, a critério do consumidor, pode se dar: a) por compensação ou abatimento do valor na cobrança seguinte; b) por créditos de utilização futura; c) em dinheiro, por intermédio de transferência bancária. Tais regras, indiscutivelmente acrescem aos direitos previstos em lei, especificando-os, nos termos do art. 7o, *caput*, do CDC.

2.5.13 Contratos celebrados pela internet

O fenômeno da rede mundial de computadores – Internet – desde o seu surgimento, e em face do seu desenvolvimento mais recente, integrando-se ao cotidiano de um número cada vez maior de pessoas, despertou desde logo o interesse dos juristas, e de inúmeras obras jurídicas que estudam desde seus reflexos no universo das relações sociais e jurídicas subjacentes, até novas questões que decorrem diretamente destas inovações tecnológicas, como o comércio eletrônico, a proteção dos direitos autorais ou a proteção de crianças quanto ao conteúdo divulgado na rede mundial de computadores. Trata-se de uma realidade representativa da sociedade de consumo, e do aprofundamento e complexidade das relações econômico-sociais e dos espaços de interação humana. O exame de seus aspectos técnicos e sua repercussão no modo de vida da virada do século, e destes primeiros anos do século XXI,

– O Estado, com a edição do Decreto 4.733/2003, entre outras medidas necessárias para a alteração do sistema de tarifação de pulsos para tempo de utilização, determinou o detalhamento de todas as ligações locais e de longa distância. II – O prazo para a conversão do sistema, inicialmente previsto para 31 de julho de 2006 pela Resolução 423/2005, foi ampliado em doze meses pela Resolução 432/2006, para não prejudicar os usuários da internet discada, os quais, neste prazo, foram atendidos com plano alternativo apresentado na Resolução 450/2006. III – Assim, a partir de 01 de Agosto de 2007, data da implementação total do sistema, passou a ser exigido das concessionárias o detalhamento de todas as ligações na modalidade local, independentemente de ser dentro ou fora da franquia contratada, por inexistir qualquer restrição a respeito, conforme se observa do constante do artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, que regulamentou o sistema de telefonia fixa. IV – Também no artigo 83 do anexo à Resolução 426/2005, restou reafirmada a determinação para que a concessionária forneça, mediante solicitação do assinante, documento de cobrança contendo o detalhamento das chamadas locais, entretanto ficou consignado que o fornecimento do detalhamento seria gratuito para o assinante, modificando, neste ponto, o constante do artigo 7.º, X, do Decreto 4.733/2003. V – A solicitação do fornecimento das faturas discriminadas, sem ônus para o assinante, basta ser feita uma única vez, marcando para a concessionária o momento a partir do qual o consumidor pretende obter suas faturas com detalhamento. VI – Revogação da Súmula 357/STJ que se impõe. VII – Recurso especial parcialmente provido (Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08) (STJ, REsp 1.074.799/MG, 1.ª Seção, j. 27.05.2009, rel. Min. Francisco Falcão, DJe 08.06.2009).

870. “Art. 85. O Consumidor que efetuar pagamento de quantia cobrada indevidamente tem direito à devolução do valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês *pro rata die*.”

apontam para uma transformação cultural de hábitos e comportamentos de grandes proporções.⁸⁷¹ Sabe-se, contudo, que o desenvolvimento da Internet é um novo capítulo de um conjunto de transformações tecnológicas radicais na experiência humana, a revolução tecnológica ou das comunicações, que possui dentre seus traços determinantes o caráter permanente do desenvolvimento e inovações no campo da comunicação, informática e tecnologia da informação como um todo.

Na ciência do Direito, o exame do fenômeno da Internet concentra-se, sobretudo, pela preocupação com a efetividade das normas jurídicas de direito positivo às relações da vida estabelecidas por intermédio da Internet. Em tese, a primeira questão a ser enfrentada diz respeito à suficiência das normas jurídicas existentes para abranger as relações estabelecidas pela Internet, ou se existiria a necessidade de novas normas para regular tais fenômenos.⁸⁷² A rigor, esta dúvida remanesce em relação a diversas atividades realizadas por intermédio da Internet, como, por exemplo, no caso do comércio eletrônico. Contudo, a resposta sobre a suficiência ou não das normas jurídicas para regulação da Internet passa não apenas por um problema de qualificação⁸⁷³ (afinal, um contrato é considerado como tal, tanto no mundo físico quanto no mundo virtual, em vista da liberdade de forma para as convenções admitidas em nosso Direito). A discussão sobre os limites de aplicação das normas jurídicas às relações estabelecidas por intermédio da Internet diz respeito, em verdade, à eficácia e efetividade da norma na regulação de um determinado suporte fático sobre o qual deve incidir. E isto não é um problema que se revela apenas no caso das normas submetidas à interpretação estrita, como no caso do direito penal (os crimes pela Internet),⁸⁷⁴ ou do direito tributário (a identificação do fato gerador nas relações econômicas estabelecidas pelo meio virtual). A rigor, todas as disciplinas jurídicas deparam-se, em maior ou menor grau, com este problema, sobretudo se considerarmos, algumas vezes, as duas principais questões a serem solucionadas: a da incidência da norma (silogismo formal entre os fatos e a previsão abstrata da norma) e a de sua efetividade (o resultado substancial da sua aplicação).

871. Castells, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura – a sociedade em rede*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. v. 1, p. 38-41.

872. A rigor esta é uma questão que está longe de se apresentar exclusivamente em relação à regulação jurídica da Internet. A preocupação com a atualização da norma, por intermédio da interpretação é central na ciência do Direito. Trata-se de uma tensão entre o caráter estático da norma jurídica e o traço dinâmico e de permanente mudança que caracteriza as relações sociais. Sobre o tema, já mencionava entre nós o Prof. Vicente Ráo, para quem “o direito assim considerado, não permanece aprisionado na letra da lei, nem no espírito que, em dado momento social, lhe ditou sua formulação em normas positivas. Seu significado, ao contrário, se transforma, como se transformam as situações de fato que visa disciplinar. Esse método não despreza a norma considerada em si mesma, nem conclui contra o seu preceito; baseia-se, ao contrário, na observância da lei, mas da lei adaptada às necessidades práticas atuais”. Ráo, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 1997, vol. 1, p. 509. No mesmo sentido, ensinam: Maximiliano, Carlos. *Hermenêutica e interpretação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 47 et seq; e Castanheira Neves, Antônio. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995. v. 2, p. 347 et seq.

873. Sobre o tema, veja-se o nosso: Miragem, Bruno. O conceito de domicílio e sua repercussão às relações jurídicas eletrônicas. *RDPriv* 19/10-45. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2004.

874. Veja-se: Ferreira, Ivete Senise. Direito penal da informática. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*. Porto Alegre: Síntese, 2002, p. 9 et seq.

A Internet, neste sentido, é um fenômeno da sociedade de consumo.⁸⁷⁵ Pela Internet, valores, conceitos, bens e serviços que integram a sociedade de consumo contemporânea são difundidos ou, muitos deles, adquirem existência frente à massa de usuários que direta ou indiretamente tomam contato com a nova realidade virtual.⁸⁷⁶ No direito privado isto ocorre, com especial relevância, no que diz respeito à relação jurídica de responsabilidade civil por ato ilícito, quando este ato ilícito que enseja, como regra, a imputação do dever de indenizar, é cometido por intermédio da Internet. Paira, neste particular, sobre as soluções jurídicas até então adotadas, um alto grau de insegurança e incerteza quanto à efetividade ou não dos instrumentos legais existentes nos domínios da responsabilidade civil.⁸⁷⁷ Da mesma forma, no direito do consumidor, as relações estabelecidas pela Internet ensejam situações de contratos eletrônicos de consumo, em que por intermédio da rede de computadores se realizam contratos de consumo de produtos ou serviços, assim como ilícitos que afetam a segurança do consumidor e, neste sentido, dão causa à responsabilidade por acidentes de consumo.⁸⁷⁸ No que se refere aos contratos eletrônicos de consumo, a natureza eletrônica da contratação pode se dar tanto em razão do produto ou serviço objeto do ajuste, do modo de formação do contrato ou do modo de cumprimento de alguma das prestações.⁸⁷⁹ Tais situações despertam questões práticas de importância concernentes às relações estabelecidas por intermédio da Internet, como é o caso da produção da prova dos fatos e das condutas havidas no ambiente virtual, assim como sobre a demonstração das condições de imputação do dever de indenizar próprio da responsabilidade civil. Será o caso da demonstração do nexo de causalidade, do conteúdo da conduta praticada pelo ofensor, ou o correto dimensionamento do dano causado.

Discorrendo sobre a regulação jurídica do comércio eletrônico e a necessidade de maior proteção dos vulneráveis nos sistemas de troca por intermédio da Internet, ensina Claudia Lima Marques que o mesmo possui uma *unilateralidade visível* e uma *bilateralidade escondida*, querendo indicar o desafio à correta compreensão do exercício da liberdade contratual nas transações estabelecidas pela Internet e o surgimento de uma nova vulnerabilidade eletrônica.⁸⁸⁰ Em matéria de contratos eletrônicos, a decisão sobre a utilização do meio eletrônico para celebração e execução do ajuste responderá sempre, em alguma medida, à decisão do consumidor em re-

875. Para um exame profundo dos traços fundamentais da sociedade de consumo contemporânea, remeto à coletânea de estudos de BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

876. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 38.

877. No mesmo sentido veja-se: JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio: a proteção da pessoa humana face à globalização. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS*. Trad. Claudia Lima Marques. Porto Alegre: UFRGS, 2003. p. 135.

878. Sobre o tema da responsabilidade por acidentes de consumo na Internet, veja-se o excelente estudo de: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo na Internet*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 43 et seq.

879. Neste sentido veja-se a lição de Roberto Silva da Rocha, distinguindo os contratos celebrados pela Internet entre contratos parcialmente eletrônicos, nos quais a comercialização do produto ou serviço a ser prestado fora da Internet é realizado por intermédio da rede de computadores, e os contratos puramente eletrônicos, nos quais os produtos e serviços tratam-se de bens ou prestações imateriais a serem realizadas por intermédio da Internet. Rocha, Roberto Silva da. *Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico*. RDC 61/239. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2007.

880. MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 71.

alizer a contratação, o que exigirá, necessariamente, o reconhecimento de um certo grau de confiança no complexo de relações estabelecidas a partir da estrutura e funcionamento da rede mundial de computadores, determinando a proteção da confiança negocial.⁸⁸¹

2.5.13.1 *Fornecedores de serviços no ambiente virtual: os provedores de internet*

Dos sujeitos principais nas relações jurídicas desenvolvidas por intermédio da Internet são os denominados *provedores*, que viabilizam o acesso à rede mundial de computadores ou oferecem conteúdo a ser acessado pelos usuários no âmbito virtual. Quanto à espécie de serviços oferecidos, os provedores de Internet podem ser classificados em três espécies distintas:⁸⁸² (a) os *provedores de conteúdo*, caracterizados como autores, editores ou outros titulares de direito que introduzem seu trabalho na rede, estando sujeitos à proteção, em conjunto com as empresas de *software*, das normas relativas aos direitos autorais; (b) os *provedores de serviços*, identificados tanto com os provedores de acesso, que contratam e oferecem o meio de acesso à Internet, quanto também os provedores de serviços e conteúdos, que oferecem no ambiente da Internet conteúdos a serem acessados ou prestam serviços a serem fruídos por intermédio da Internet ou a partir desta, desenvolvendo-se ou concluindo-se o serviço fora da rede de computadores, pelo oferecimento de produto ou execução de serviço; e por fim, (c) os *provedores de rede*, quais sejam, aqueles que fornecem a infraestrutura física de acesso, ou seja, as linhas de comunicação que permitem a conexão à Internet, tais como as companhias telefônicas ou as empresas de serviços via cabo.

Em destacada obra, recentemente publicada, Guilherme Magalhães Martins propõe distinguir as espécies de provedores de Internet em vista de suas respectivas atividades e funções, indicando: (a) os provedores de *backbone*; (b) os provedores de conteúdo e informação (*information providers* ou *content providers*); (c) provedores de acesso (*Internet service providers*); (d) provedores de hospedagem (*hosting service providers*); e (e) os provedores de correio eletrônico. Serão, segundo este autor, espécies do gênero provedor de serviço de Internet, sobre o qual propõe definição como sendo “a pessoa natural ou jurídica que presta atividades relacionadas ao aproveitamento da rede, de forma organizada, com caráter duradouro e finalidade lucrativa, ou seja, a título profissional”.⁸⁸³

A Lei 12.965/2014 ao disciplinar juridicamente a internet no Brasil, estabelece os conceitos básicos de provisão de conexão, envolvendo a transmissão, comutação ou roteamento de dados, e o respectivo provedor de conexão, exercida pelo *provedor de conexão* – a semelhança do que a doutrina vinha identificando como provedor de acesso; e o *provedor de aplicações de internet*, “pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos (...)”, nos termos do art. 15 da norma em destaque.

A relação jurídica direta com os usuários da Internet desenvolve-se tanto pelos provedores de conteúdo quanto dos provedores de serviço de acesso à rede. Neste sentido, tratam-se os provedores de serviço de acesso verdadeiramente de fornecedores de serviços, na exata defini-

881. MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico...*, cit., p. 96-97.

882. Neste sentido, veja-se: Galdós, Jorge Mario. Responsabilidad civil de los proveedores de servicios en Internet. In: Trigo Represas, Félix A. (org.). *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2007, t. VI. p. 69.

883. MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo...* cit., p. 281.

ção do artigo 3.º do CDC. Com relação aos provedores de conteúdo, tanto podem ser qualificados como fornecedores, quando realizam atividade negocial no fornecimento de conteúdo (mediante pagamento, por exemplo),⁸⁸⁴ quanto simples “publicações”, a utilizar-se da Internet para exercício da liberdade de expressão ou da liberdade de comunicação social. No primeiro caso, estaria caracterizada a relação de consumo determinante para a incidência das regras de proteção do consumidor; no segundo caso, as hipóteses de responsabilidade do provedor estariam sob a égide das normas do Código Civil.

A aplicação do CDC aos provedores de internet resulta do fato de oferecerem seus produtos e serviços no mercado de consumo. Neste sentido terem de suportar os riscos negociais deste empreendimento econômico. Na qualidade de fornecedores de serviços, respondem pela qualidade e segurança dos mesmos, nos termos da legislação em vigor. A distinção dos regimes de responsabilidade dos provedores de internet, no caso dos provedores de conteúdo – provedores de aplicações de internet – que caracterizem intervenção profissional e organizada no mercado de consumo, serão caracterizados como fornecedores. Não sendo esta hipótese, respondem pelo regime geral, aplicando-se as normas do Código Civil e da Lei 12.965/2014, conforme se trate de conteúdo gerado pelo próprio provedor ou por terceiro.

Sempre sustentamos, contudo, tratar-se a atividade do provedor de internet como atividade própria do mercado que implica risco sobre o qual deve responder, induzindo a responsabilidade objetiva. Tanto a jurisprudência, quanto agora, os termos da Lei 12.965/2014 (quando se trate de conteúdos gerados por terceiros) tomou o sentido inverso, entendendo pela necessidade de demonstrar a conduta culposa, e inclusive, com exigência de ordem judicial prévia indicando a necessária retirada de conteúdo ofensivo, como condição para a responsabilização (exceção feita, a imagens de conteúdo sexual, na qual se dispensa a medida judicial para exigir-se sua retirada).

Além dos provedores de Internet que se dedicam ao oferecimento de acesso, infraestrutura ou conteúdo, outros sujeitos das relações jurídicas estabelecidas na rede de computadores serão as pessoas naturais e jurídicas que se utilizam do ambiente virtual para o estabelecimento de relações com ou sem fins econômicos, ou seja, que compreendem a Internet como extensão do espaço real de relacionamentos. Desde o ponto de vista da atuação organizada de agentes econômicos para o oferecimento de acesso à Internet e de conteúdos a serem obtidos dentro do ambiente virtual, a Internet se caracteriza como extensão da realidade concreta, não virtual. Neste sentido as relações de conteúdo econômico ou que tenham subjacentes interesses econômicos de pelo menos uma das partes consideram-se, mesmo na Internet, como realizadas no mercado de consumo.

Ocorre que, a rigor, as relações estabelecidas pela internet, que tenham finalidade econômica mediante oferta de produtos e serviços ao público, caracterizam-se como havidas no mercado de consumo. Atraem, pois, a incidência do CDC, que só deixa de se aplicar configurando-se a situação descrita nos arts. 19 e 21 da Lei 12.965/2014.

2.5.13.2 Aspectos distintivos da contratação eletrônica de consumo

Uma primeira visão da matéria vai buscar promover a equiparação das relações estabelecidas pela Internet e outras havidas fora dela, como é o caso dos contratos eletrônicos em que

884. Preservando-se, naturalmente, a possibilidade de reconhecer-se a partir do exame do caso concreto, situação de remuneração indireta do fornecedor, pela exploração comercial de publicidade, por exemplo, que pode conduzir à caracterização da relação de consumo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

a forma da contratação não desnatuira o caráter negocial semelhante aos contratos em geral, ou no caso dos provedores de conteúdo, em relação aos quais se observa sua equiparação aos meios de comunicação já existentes. Aliás, como ensina Jorge Galdós, procura-se equivocadamente fazer valer para a Internet as pautas e princípios próprios dos meios de comunicação, quando em realidade, o preceito a ser considerado é o de que todo o dano injusto deve ser ressarcido e de que, neste cenário, as empresas estão em melhores condições de realizar um controle preventivo do material disponível a partir de seus arquivos.⁸⁸⁵

Em matéria de responsabilidade por ato ilícito cometido pela Internet, entendeu o STJ pela qualificação da relação jurídica como acidente de consumo, fazendo incidir a regra do artigo 14 do CDC, admitindo na hipótese que a atividade do fornecedor, mesmo que aparentemente gratuita ao consumidor direto, teria presente o critério de remuneração indireta.⁸⁸⁶ O mesmo se diga em relação aos vícios do produto ou do serviço, em que a falha na prestação do serviço de acesso à Internet,⁸⁸⁷ ou ainda nos produtos ou serviços adquiridos por seu intermédio, determinam a incidência das regras previstas nos artigos 18 e 20 do CDC.

885. GALDÓS, Jorge Mario. *Responsabilidade civil de los proveedores...*, cit., p. 69-93.

886. "Direito do consumidor e responsabilidade civil. Recurso especial. Indenização. Artigo 159 do CC/1916 e artigos 6.º, VI, e 14, da Lei 8.078/1990. Deficiência na fundamentação. Súmula 284 do STF Provedor da Internet. Divulgação de matéria não autorizada. Responsabilidade da empresa prestadora de serviço. Relação de consumo. Remuneração indireta. Danos morais. Quantum razoável. Valor mantido. 1. Não tendo a recorrente explicitado de que forma o venerando acórdão recorrido teria violado determinados dispositivos legais (artigo 159 do CC/1916 e artigos 6.º, VI, e 14, ambos da Lei 8.078/1990), não se conhece do recurso especial, neste aspecto, porquanto deficiente a sua fundamentação. Incidência da Súmula 284 do STF 2. Inexiste violação ao artigo 3.º, § 2.º, do CDC, porquanto, para a caracterização da relação de consumo, o serviço pode ser prestado pelo fornecedor mediante remuneração obtida de forma indireta. 3. Quanto ao dissídio jurisprudencial, consideradas as peculiaridades do caso em questão, quais sejam, psicóloga, funcionária de empresa comercial de porte, inserida, equivocadamente e sem sua autorização, em site de encontros na Internet, pertencente à empresa-recorrente, como 'pessoa que se propõe a participar de programas de caráter afetivo e sexual', inclusive com indicação de seu nome completo e número de telefone do trabalho, o valor fixado pelo Tribunal a quo a título de danos morais mostra-se razoável, limitando-se à compensação do sofrimento advindo do evento danoso. Valor indenizatório mantido em 200 (duzentos) salários mínimos, passível de correção monetária a contar desta data. 4. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 566.468/RJ, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 23.11.2004, DJ 17.12.2004, p. 561).

887. "Ação declaratória de rescisão contratual. Devolução de quantias e indenização por danos morais. Provedor de Internet. Cancelamento dos serviços por indisponibilidade da Internet. Cobranças indevidas comprovadas. Inúmeras tentativas de solucionar o problema. Transtornos que excedem a condição de mero dissabor. Danos morais indenizáveis. Valor da indenização corretamente arbitrado. 1. Tendo restado evidenciado, com a exibição dos extratos de conta corrente do autor determinada pelo juízo, que persistiram as cobranças indevidas de maio a agosto de 2006, não há como acolher a alegação da recorrente, com base em dados unilaterais de seu sistema de que teria suspenso e depois cancelado a cobrança dos débitos. 2. A cobrança indevida, feita mediante débito em conta corrente, autoriza o pedido de repetição do indébito em dobro, em conformidade ao disposto no artigo 42, parágrafo único, do CDC (Lei 8.078/90), não merecendo reparo nesse ponto a sentença. 3. Tampouco há como afastar a condenação ao pagamento da indenização por danos morais, eis que as inúmeras tentativas de cancelamento dos serviços, aliada à cobrança indevida por serviços não prestados, constituindo-se, assim, em transtornos que excedem a condição de mero dissabor do cotidiano, ensejando a indenização por danos morais, por violar a dignidade do consumidor. 4. O valor da indenização, fixado em R\$2.050,00, por guardar compatibilidade com os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, não merece qualquer redução. Sentença confirmada por seus

Da mesma forma, identificando-se os provedores de Internet como fornecedores que atuam no mercado de consumo, na hipótese de ocorrência de danos a usuários ou não da Internet em razão da atividade desenvolvida por estes agentes profissionais do mercado, reclamará incidência a norma do artigo 17 do CDC, a qual equipara a consumidores todas as vítimas do evento danoso, atraindo, por conseguinte, a incidência do regime de responsabilidade da legislação consumerista.

2.5.13.3 O dever de informar nos contratos celebrados pela internet

Dentre os vários deveres emergentes mais relevantes da sociedade da informação, a atuar instrumento de redução da complexidade das relações sociais contemporâneas⁸⁸⁸ e de reforço da confiança entre os sujeitos de relações sociais e jurídicas⁸⁸⁹ é, indiscutivelmente, o dever de informar. Em se tratando das relações de consumo por intermédio da Internet, o dever de informar do fornecedor decorre de positivação legal de um direito básico do consumidor à informação, desdobrado por uma série de disposições específicas relativas a informações de distintos aspectos da relação de consumo. Da mesma forma, considerando a finalidade de esclarecimento e autonomia do consumidor, o conteúdo do dever de informar não é estabelecido *a priori*, senão a partir de situações concretas e identificadas, que vão determinar que informações serão consideradas relevantes, assim como o modo eficiente de sua transmissão ao consumidor. No caso das relações estabelecidas por intermédio da Internet, reconhece-se, desde logo, uma espécie de vulnerabilidade técnica do consumidor em relação ao meio. A rigor, à exceção de especialistas em informática, todos os demais serão vulneráveis, porquanto não tenham domínio sobre uma série de informações relativas: (a) a aspectos técnico-informáticos (armazenamento de informações, segurança sobre os dados pessoais transmitidos pela rede, procedimentos de acesso a determinadas informações), (b) aspectos decorrentes do caráter imaterial da contratação, ou ainda (c) do fato de ser celebrada à distância, bem como aspectos relativos à defesa e efetividade de seus direitos, como é o caso de contratações celebradas entre consumidores e

próprios fundamentos. Recurso improvido" (TJRS, Recurso Cível 71001598432, 1.ª Turma Recursal Cível, j. 15.05.2008, rel. Des. Ricardo Torres Hermann, DJ 15.05.2008); "Consumidor. Internet banda larga ADSL e provedor BR Turbo. Oferta de reembolso do valor referente à taxa de instalação do serviço de provedor 'BR Turbo'. Alegação de cobrança indevida. Ausência de substrato probatório capaz de amparar a pretensão do autor. Dano moral não configurado. I. Consumidor que alega ter contratado o serviço do provedor 'Br Turbo' sob a promessa de reembolso do valor referente à taxa de instalação (R\$ 64,90), em decorrência da contratação (provavelmente concomitante) de outro provedor para o mesmo serviço ('Terra'). Autor que não se desincumbiu a contento do ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito. Ausência de qualquer indício (salvo indicações de protocolos de atendimento telefônico) capaz de amparar a versão do autor, e que não guarda carga de verossimilhança por si só, o que leva, inevitavelmente, à improcedência do pedido. II. Não caracterizado ilícito na conduta da ré, inexistente direito à reparação de suposto dano moral por tratamento inadequado ao consumidor. Sentença mantida pelos próprios fundamentos. Recurso desprovido. Maioria" (TJRS, Recurso Cível 71001592260, 1.ª Turma Recursal Cível, j. 15.05.2008, rel. Des. João Pedro Cavalli Junior, DJ 21.05.2008).

888. MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico...* cit., p. 31-32. LÔBO, Paulo Luiz Netto. A informação como direito fundamental do consumidor. RDC 37/62. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2001. VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. Revista de Direito do Consumidor, v. 80, p. 277 e ss. São Paulo: RT, out.-dez/2011.

889. MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito. Proteção da confiança...* cit., p. 157 et seq.

fornecedores de cidades, Estados ou países distintos, e os obstáculos a eventual demanda judicial ou extrajudicial visando assegurar o cumprimento dos termos da obrigação.

Daí porque o dever de informar na Internet atende, em primeiro lugar, uma de suas finalidades básicas no sistema de proteção do consumidor, que é justamente a prevenção de danos.⁸⁹⁰ Da mesma forma, permite a formação livre e racional do consumidor quanto às relações estabelecidas por intermédio da Internet, permitindo a reflexão sobre suas restrições e riscos, ao assegurar a equidade informacional das partes.

É constantemente afirmado pelos estudos sobre contratos, o traço da *despersonalização* das relações contratuais,⁸⁹¹ decorrentes da maior complexidade das relações sociais e econômicas e, em última análise, também dos meios eletrônicos e telemáticos da celebração dos ajustes.⁸⁹² A rigor por despersonalização caracteriza-se, antes de tudo, o distanciamento entre as partes das contratações celebradas pela Internet. Neste contexto, a informação prestada ao destinatário dos serviços oferecidos pela Internet passa a configurar o instrumento mais eficaz na aproximação dos parceiros contratuais. Mediante a transmissão de informação entre as partes, ambas passam a observar uma certa equidade informacional sobre os termos da relação jurídica estabelecida, aproximando-se, mesmo no ambiente virtual.

Um dos aspectos essenciais desta aproximação das partes por intermédio de informações que criem e protejam situações de confiança entre si,⁸⁹³ estão as informações que estabeleçam conexões entre os sujeitos da relação jurídica e o ambiente não virtual, real, onde se podem localizar na eventualidade de desacertos ou quaisquer outras dificuldades no completo êxito da relação estabelecida pela Internet.

Assim se dá, por exemplo, no Direito europeu, em que um dos principais deveres dos prestadores de serviço por intermédio da Internet constitui-se no dever de informar. Neste sentido o artigo 4.º, da Diretiva 2000/31/CE sobre comércio eletrônico, estabelece como dever dos prestadores de serviços por intermédio da Internet, dentre outros, o de que facultem aos destinatários dos serviços e às autoridades competentes, acesso fácil, direto e permanente, pelo menos, às seguintes informações: o nome do prestador, endereço geográfico em que o prestador se encontra estabelecido, elementos de informação relativos ao prestador de serviços, incluín-

890. Sobre a finalidade de prevenção de danos do dever de informar, veja-se o trabalho de: Barbosa, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 119 et seq.

891. Neste sentido, veja-se, dentre outros os seguintes estudos publicados na coletânea *A nova crise do contrato*, organizada por Claudia Lima Marques, em 2007: Marques, Claudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise e confiança ou de crescimento do contrato, p. 17-86; e MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais, p. 176-225; ambos In: MARQUES, Claudia Lima. *A nova crise do contrato*. São Paulo: Ed. RT, 2007.

892. Vale a referência aos célebres estudos, na doutrina italiana, dando conta de viva controvérsia em relação ao papel da vontade como elemento nuclear dos contratos celebrados pela Internet, de: IRTI, Natalino. Scambi senza accordo. *Rivista trimestrale di diritto civile* 2/347-364, Milano, 1998; e OPPO, Giorgio. Disumanizzazione del contratto. *Rivista di diritto civile* 5/525-533, Padova, 1998. E por fim, a réplica de Natalino Irti ao artigo de Oppo: Irti, Natalino. É vero, ma... - Réplica a Giorgio Oppo. *Rivista di diritto civile* 2/273-278. Padova, 1999.

893. Sobre a necessidade de proteção da confiança como condição pressuposto do êxito das práticas estabelecidas pelo comércio eletrônico: García, Gema Alejandra Botana. Noción de comércio electrónico. In: _____ (coord.). *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Madrid: La Ley, 2001. p. 20.

do seu endereço eletrônico, que permitam contatá-lo rapidamente e comunicar direta e efetivamente com ele; número de inscrição em registro comercial ou público (quando for o caso), bem como, tratando-se de serviços submetidos à autorização, os dados relativos à mesma.

No Direito brasileiro inexistente obrigação legal específica com mesmo conteúdo. Contudo, é de toda razão considerar que tais informações podem ser consideradas como eficientes para o atendimento ao direito à informação do consumidor previsto no artigo 6.º, III, do CDC, bem como ao conceito de adequação dos serviços prestados via Internet, segundo o significado de serviço adequado que emerge das normas do Código. Daí porque, embora não em sua totalidade, podem ser estabelecidas por intermédio de regulamentação, com fundamento no artigo 55 do CDC, ao menos em relação àquelas atividades que estejam submetidas a poder regulamentar de proteção do consumidor. De resto, são conhecidas iniciativas, de cunho parlamentar, que visando regular as relações estabelecidas pela Internet, incorporam alguns dos deveres de informação presentes na diretiva europeia.⁸⁹⁴

2.5.13.4 Dever de informar e formação do contrato eletrônico

Dentre as características do comércio eletrônico podem ser sintetizadas a inexistência de contato pessoal entre o consumidor e o fornecedor, assim como a dificuldade do consumidor aferir a idoneidade e honestidade do fornecedor, a maior incerteza sobre o cumprimento da prestação contratual pela outra parte, a dificuldade de localização geográfica das partes, assim como, muitas vezes, de realizar prova idônea da existência e conteúdo do negócio celebrado entre as partes.⁸⁹⁵

Como anota Cristina Pasqual, não há contrato sem manifestação de vontade que lhe dê origem. Contudo, o exame do modo como se consubstancia, na atualidade, esta manifestação, é que se altera, visando acompanhar a evolução social.⁸⁹⁶ No caso da manifestação da vontade pela Internet, a noção de proteção da confiança e de aproximação das partes originalmente distantes, mediante comunicação por intermédio da rede de computadores, vincula-se ao cumprimento do dever de informar, e especialmente quando se trate de relação de consumo, da satisfação do direito à informação-esclarecimento do consumidor por ocasião da celebração do contrato.

O artigo 10 da Diretiva 2000/31/CE estabelece em caráter complementar a outras informações já constantes da legislação, em especial, em vista da proteção do consumidor, que sejam prestadas pelo fornecedor do serviço, em relação à formação e eficácia do contrato celebrado por intermédio da Internet, “em termos exatos, compreensíveis e inequívocos”, a seguinte informação: “a) as diferentes etapas técnicas da celebração do contrato; b) se o contrato celebrado será ou não arquivado pelo prestador do serviço e se será acessível; c) os meios técnicos que permitem identificar e corrigir os erros de introdução anteriores à ordem de encomenda; d) as línguas em que o contrato pode ser celebrado”. Ainda constam como deveres do prestador de serviço, que os termos contratuais e as condições gerais contratuais sejam fornecidos ao destinatário de modo que seja possível armazená-los e distribuí-los.

894. A mais recente destas iniciativas, de 2001, é o Substitutivo ao Projeto de lei da Câmara 4.906/2001 (Projeto de Lei do Senado 672/1999), junto ao qual tramitam apensados os Projetos de lei 1.483/1999 e 1.589/1999.

895. PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. *Direito da Internet e comércio eletrônico*. Lisboa: Quid Juris, 2001. p. 169.

896. PASQUAL, Cristina Stringari. *Oferta automatizada*. RDC 67/100-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2008.

Trata-se de informações que, transpostas à realidade brasileira, servem para preencher o significado do direito à informação do consumidor, assim como iluminam a interpretação do artigo 31 do CDC, no que diz respeito aos deveres específicos de informação a serem atendidos pelo fornecedor por ocasião da oferta de consumo.

2.5.13.5 *Comércio eletrônico e defesa do consumidor nas hipóteses de descumprimento contratual*

No tocante ao comércio eletrônico de consumo, pela Internet, a situação de maior vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor se estabelece em vista da resolução do contrato, especialmente pelo exercício do direito de arrependimento (artigo 49 do CDC) ou de descumprimento contratual (de modo mais comum, por vício do produto ou do serviço, artigos 18 e 20 do CDC, ou por descumprimento da oferta, artigo 35 do CDC). Esta situação de vulnerabilidade agravada decorre do fato da distância entre os contratantes e a necessidade de providências do fornecedor visando assegurar efetividade ao direito de extinguir o contrato, como é o caso de assegurar condições para a devolução do produto, a suspensão do débito do consumidor, correção do vício do produto ou do serviço, ou a devolução de valores pagos. Nas situações em que a resolução do contrato implique na devolução de produto, aliás, é correto, em vista do princípio da efetividade do direito do consumidor, que a negativa do fornecedor em responder pelas providências de reenvio, quando cabível, implique caracterizar tal conduta como descumprimento contratual.

Em relação a tais circunstâncias, a técnica para adequada proteção dos consumidores vem sendo a de assegurar, via imposição de dever aos fornecedores, que se disponham a atuar na Internet, de informações que permitam ao consumidor a localização do fornecedor como modo de garantir o adimplemento destas obrigações. No Direito europeu, como já mencionado, dos deveres específicos de informação previstos no artigo 4.º da Diretiva 2000/31/CE, sobre comércio eletrônico, exige-se que esteja disponível para o consumidor os dados relativos ao nome e à localização geográfica do fornecedor, bem como suas informações de contato.

Da mesma forma, neste particular, note-se que pela regra de competência do juízo prevista no Código de Defesa do Consumidor, independente da localização do fornecedor, a competência do juízo para demandar em vista de descumprimento de deveres pelo fornecedor, será a do domicílio do consumidor (artigo 101, I, do CDC).

2.5.13.6 *Provedores de intermediação e responsabilidade contratual*

Outra situação peculiar diz respeito aos provedores de Internet que atuam como *sites* de intermediação de negócios relativos a produtos e serviços, realizando atividade de aproximação de interessados na realização de negócios pela rede de computadores. Neste caso, discute-se, em resumo, se é cabível na hipótese, a responsabilidade do provedor de intermediação que, não sendo o titular do domínio sobre o objeto do contrato – no mais das vezes uma compra e venda de consumo –, atuou no sentido de aproximar os interessados no negócio, sendo remunerado por percentual do valor do negócio, taxas de utilização do serviço ou por recursos decorrentes da publicidade veiculada no *site*. Ou ainda se descabe responsabilização do provedor, uma vez que nestas hipóteses, restaria equiparado a um caderno de classificados de periódico.⁸⁹⁷

897. "Ação de rescisão de contrato, cumulada com indenização. Compra e venda celebrada pela Internet. Consumidor que teve acesso ao fornecedor por meio de um *pop up* contendo anúncio de um moni-

Neste sentido, quando exista a participação do site de intermediação não apenas na divulgação de produtos oferecidos por terceiros, mas também garantindo qualidade, procedência, pontuando e distinguindo os negociantes cadastrados no site,⁸⁹⁸ ou ainda, assegurando/confirmando o pagamento realizado, parece claro que sua atividade ultrapassa aquilo que poderia se considerar mero veículo de anúncios, afastando a possibilidade de comparação a cadernos de classificados. Nesses casos torna-se fornecedor de serviços a quem queira vender ou comprar por intermédio da internet, atraindo a incidência do CDC, na medida em que ao menos um dos polos esteja presente o consumidor.⁸⁹⁹

O rápido surgimento de novos modelos de negócios na internet faz com que seja necessário distinguir a natureza da intermediação realizada pelo provedor. Isso porque, há situações em que o site participa como intermediador sem ter conhecimento do conteúdo do contrato a ser celebrado entre as partes – sua participação direciona-se apenas à aproximação entre potenciais interessados, sejam eles fornecedores profissionais ou pessoas físicas. É o caso dos sites referidos como de leilão virtual.

Note-se que, independentemente do modelo de negócios do site, sendo atividade de aproximação de interessados no negócio, pode qualificar-se como espécie de serviço de que trata o artigo 3.º, § 2.º, do CDC. Da mesma forma, é remunerado, direta ou indiretamente, por intermédio de contraprestação das partes ou da comercialização de espaços de publicidade no site. Daí poder indicar-se como espécie de relação de consumo e as vítimas de eventuais fraudes, por intermédio do site, fazerem jus ao regime de responsabilidade por fato do serviço previsto no artigo 14 do CDC. Há, pois, de parte dos provedores que intermedeiam negócios, o dever de segurança em relação ao serviço que prestam. Contudo, isto estende o dever de segurança aos

tor LCD de 17 polegadas. Clicando nesse box, ele teve acesso ao Shopping UOL, que se apresenta como um serviço de busca de produtos e serviços, com regras gerais a serem observadas pelo usuário e também o 'Guia De Compra Segura', contendo cautelas a serem tomadas para evitar dissabores. Serviço que equivale aos classificados de um jornal ou revista. Consumidor que deixa de tomar esses cuidados. Recurso provido para julgar improcedente o pedido em relação à Recorrente" (TJSP, Recurso 2914, 3.ª Turma Cível, j. 12.06.2008, rel. Des. Theodureto de Almeida Camargo Neto).

898. Neste sentido decidiu o TJRS que uma vez credenciado e distinguido com avaliações positivas no site de compras, não pode o provedor de modo arbitrário promover o descredenciamento do usuário, sob pena de afetar sua credibilidade frente aos demais usuários, dando causa a dano indenizável (TJRS, ApCiv 70041956384, 17.ª Câm. Civ., j. 10.11.2011, rel. Des. Liege Puricelli Pires, DJ 23.11.2011).

899. Veja-se a decisão do STJ: "Direito do consumidor. Recurso especial. Sistema eletrônico de mediação de negócios. Mercado livre. Omissão inexistente. Fraude. Falha do serviço. Responsabilidade objetiva do prestador do serviço. 1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao artigo 535, II, do CPC. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecidos ao consumidor. 3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada. 4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo artigo 25 do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido" (STJ, REsp 1.107.024/DF, 4.ª T., j. 01.12.2011, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 14.12.2011).

serviços que presta o próprio provedor. É demasiado sustentar que respondem de modo integral pelo descumprimento contratual ou fraude de terceiro, quando sua atividade se esgota na mera aproximação entre possíveis contratantes (caso dos *sites* de leilão virtual, mas não dos *sites* de compra coletiva). O que nestas situações é exigível do *site* de intermediação, em atendimento ao seu dever de segurança, é a posse de informações sobre a identidade de quem atua por seu intermédio, ou ainda quando se disponha a atestar o cumprimento de determinada providência pela outra parte⁹⁰⁰ – hipóteses em que a falta destas informações ou de sua correção implicam violação de dever pelo fornecedor que explora o serviço. A responsabilidade dos provedores que atuam na intermediação de negócios decorre, em se tratando de contratos de consumo, da violação de um dever de segurança. Ou seja, existirá responsabilidade quando deixarem de observar deveres de registro, segurança de rede ou outros que impliquem em facilitação de fraudes a consumidores, por parte de terceiros.

2.5.13.6.1 Provedores de intermediação e promoção de compras coletivas pela internet

Outra situação completamente diversa diz respeito aos denominados *sites* de compras coletivas. Trata-se de um sistema em que fornecedores de produtos e serviços anunciam em um determinado *site* de internet determinada oferta cuja contratação deve se dar exclusivamente por meio do provedor, comprometendo-se a assegurar uma vantagem substancial (normalmente desconto no preço), sob a condição de que um determinado número de consumidores venham a celebrar o contrato. Os termos do negócio, e especialmente as vantagens oferecidas ao consumidor estarão condicionadas ao atingimento de um determinado número de negócios que sejam celebrados com consumidores interessados dentro de um prazo pré-estabelecido pelo *site*.

Neste caso, a possibilidade de contratação normalmente é restrita a consumidores que estejam pré-cadastrados junto ao *site* de compras, assim como as condições da oferta implicam que a vantagem oferecida (normalmente desconto de preço) possa ser aproveitada desde que atendidas exigências de prazo, horário específico, ou outros critérios que venham a delimitar estritamente os termos da oferta. Para os fornecedores de produtos e serviços, a utilização dos serviços de um *site* de compras coletivas é vantajosa, pois ao mesmo tempo em que atingem uma parcela de consumidores a um custo relativamente baixo, organiza sua política de descontos aproveitando-se de um critério de escala que lhe reduz o risco, uma vez que só será obrigado a cumprir com o preço anunciado se houver um determinado número de interessados na contratação.

900. “Comércio eletrônico. Ação de indenização por danos materiais proposta por consumidor, vítima de fraude praticada por terceiro, em face de empresa de intermediação de negócios via Internet denominada ‘Mercado Livre’. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor por se tratar de prestação de serviços. Excludente de responsabilidade decorrente de culpa exclusiva do consumidor, que não observou os procedimentos de segurança antes de liberar a mercadoria. E-mail fraudulento enviado pelo suposto comprador, sem a participação da empresa intermediadora, noticiando a efetivação do pagamento e solicitando liberação da mercadoria. Informações claras e precisas constantes do *site* da recorrente alertando para a necessidade de verificação do pagamento na própria página do ‘Mercado Livre’ antes da liberação da mercadoria e da autenticidade do endereço da página recebida por e-mail para que o usuário não corra o risco de ser vítima de e-mail falso em nome do *site*. Inexigibilidade, porém, da comissão de intermediação. Sentença parcialmente reformada. Recurso provido em parte” (TJSP, 1.ª Turma Cível, j. 19.12.2007, rel. Des. Jorge Iosta).

Não resta dúvida, por outro lado, que em relação ao consumidor, estes sites de compras coletivas oferecem vantagens e desvantagens. A vantagem mais evidente é aproveitar-se de uma política de vendas de escala oferecida pelo fornecedor, usufruindo de preços com descontos que não iria obter em ofertas realizadas fora da internet. Contudo, submete-se, igualmente, a alguns riscos, quais sejam: a) o fato da oferta ser feita, na maioria das vezes, por prazo determinado, pode submeter o consumidor à pressão, prejudicando sua avaliação sobre a conveniência do negócio; b) a facilitação do consumo leva o consumidor, muitas vezes, a adquirir produtos e serviços desnecessários ou de utilidade reduzida, estimulando o hiperconsumo; c) há claro apelo à vantagem do preço, sem maior atenção à qualidade dos produtos e serviços; d) as ofertas anunciadas não divulgam com o mesmo destaque as vantagens e as demais condições do negócio (prazos, horários ou dias específicos para fruição da oferta), vindo, muitas vezes, a surpreender o consumidor.

Neste sentido, cumpre examinar a responsabilidade dos sites que realizam o anúncio, mas mais do que isso, realizam eles próprios o negócio com o consumidor, recebem o pagamento e depois o repassam ao fornecedor efetivo do produto ou serviço. Não há dúvida que pertencem à cadeia de fornecimento, não apenas porque se remuneram com a oferta, mas igualmente porque organizam e viabilizam a oferta nas condições diferenciadas em que é realizada. Assim, respondem solidariamente pelos vícios do produto e do serviço comercializados por seu intermediário (artigos 18 e 20 do CDC), da mesma forma, como se equiparam a comerciantes no caso de responsabilidade por fato do produto (artigo 13 do CDC), assim como respondem solidariamente no caso de fato do serviço (artigo 14 do CDC).⁹⁰¹

Da mesma forma, são os sites de compras coletivas que devem atender os deveres relativos à oferta e ao dever de informar e esclarecer quanto aos seus termos, de acordo com os artigos 30

901. "Direito do consumidor e responsabilidade civil. Ação de rescisão contratual c/c repetição de indébito c/c indenizatória. Rito sumário. Oferecimento de pacote de viagem. Propaganda em sítio eletrônico. Agência de turismo em atuação conjunta com administradora de rede de compras coletivas. Descumprimento de acordo. Desorganização completa. Impossibilidade de utilização do serviço. Comprovação de pagamento. Cobranças indevidas em cartão de crédito. Falha na prestação do serviço. Dano moral caracterizado. 1. Incontroverso o defeito na prestação do serviço fornecido pelas empresas ré. Ao que se observa, as demandadas atuaram em conjunto no oferecimento de pacote turístico de viagem ao exterior, em sítio eletrônico, a primeira ré, agência de turismo, e a segunda, administradora de rede de compras coletivas, atuante no mercado de consumo como intermediária da negociação, com propaganda tentadora e vantagens diversas, ludibriando, ao final, a autora, adquirente da oferta, que se viu frustrada pela falta de informações coerentes quando efetivamente tentou utilizar o produto, e aqui, frise-se, sem sucesso; 2. A segunda ré argumenta que a responsabilidade pela falha pertence exclusivamente à primeira ré, razão pela qual não deve arcar com atos praticados por terceiros. No entanto, veicula as campanhas publicitárias de seus anunciantes, e, se assim não fosse, a autora nunca saberia que tal serviço ora em discussão seria oferecido, caso não tivesse ativa participação na propaganda e auferisse lucros com as compras efetuadas pelos interessados. Logo, deve responder solidariamente com sua parceira de divulgação pelos danos causados, nos termos da legislação consumerista; 3. Prejuízo moral evidenciado, presente o fenômeno perceptível da responsabilização civil. Não se trata de mero aborrecimento do cotidiano, ante o investimento malfeito, sem olvidar a decepção gerada pela ilicitude no atuar das ré, ao deixarem a consumidora em situação constrangedora, até porque pretendia presentear com o pacote turístico seus familiares, o que, por óbvio, não ocorreu; 4. Reparação moral bem sopesada, montante de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), diante do caráter *in re ipsa* do dano, tudo em harmonia com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade; 5. Recurso desprovido" (TJRJ, ApCiv 0027472-52.2011.8.19.0206, 11.ª Cam. Civ., j. 21.11.2012, rel. Adolpho Andrade Melo).

e 31 do CDC. Não raras vezes, a fruição dos benefícios da oferta, nestes casos, submete-se a regras complexas, desconhecidas do consumidor no momento da contratação. Já no que se refere a eventuais restrições ou condicionamentos da oferta que não tenham sido informados adequadamente antes da celebração do contrato, registre-se que não obrigarão o consumidor seja em relação ao site ou ao fornecedor do produto ou serviço (artigo 46), assim como o descumprimento da oferta, do modo como foi compreendida pelo consumidor, enseja a possibilidade de aplicação do artigo 35 do CDC, de modo a poder exigir-se seu cumprimento específico, o abatimento do preço, ou a resolução do negócio, sem prejuízo de perdas e danos.⁹⁰² Por fim, cabe referir que pode o consumidor exercer em relação ao site de compras coletivas, o direito de arrependimento de que trata o artigo 49 do CDC, cabendo ao site realizar a devolução do pagamento.

Já em relação ao fornecedor que anuncia nos sites de compra coletiva, e deles se serve para atrair os consumidores, além dos deveres inerentes ao cumprimento dos termos da oferta, não poderá na execução do contrato diferenciar entre consumidores que contrataram pela internet, com o respectivo desconto, e outros consumidores que o fazem diretamente, sob pena de dar causa a discriminação indevida.

2.5.13.6.2 Provedores de intermediação e consumo colaborativo: a economia do compartilhamento na internet.

Dentre as várias transformações que o desenvolvimento da internet vem viabilizando na sociedade de consumo contemporânea está o surgimento da denominada economia do compartilhamento, também conhecida como consumo colaborativo. Esta economia dita do compartilhamento concebe novos modelos de negócio não mais concentrados na aquisição da propriedade de bens e na formação de patrimônio individual, mas no uso em comum — por várias pessoas interessadas — das utilidades oferecidas por um mesmo bem.⁹⁰³⁻⁹⁰⁴ A estruturação destes negócios ganha força pela internet, e se dá tanto sob o modelo (P2P), quanto no modelo (B2B), ou seja, entre pessoas não profissionais e entre empresários.

Há várias formas de interpretar-se o fenômeno. Desde uma interpretação com ênfase econômica, que dá conta de uma redução de custos e otimização de recursos em razão do compartilhamento, até uma interpretação cultural, que identifica neste novo modelo favorecido pela internet uma genuína inspiração de reação ao consumismo e adesão ao consumo sustentável. Por outro lado, também serve para viabilizar o acesso a bens e utilidades de maior custo (a exemplo do car sharing), mediante precisa definição das necessidades a serem satisfeitas (transporte eventual) e o dispêndio apenas daquilo que for utilizado (mensalidade, gasolina utilizada de um local a outro, sem pagar estacionamento).

Muitos setores da economia já estão sendo afetados por esta nova forma de oferecer e consumir produtos e serviços no mercado, como é o caso do transporte de pessoas, ou a locação de automóveis, e o compartilhamento de veículos, a hospedagem turística, utilização de ferramentas, dentre outros. Quem opta pelo compartilhamento, de um lado quer fruir da maior

902. Neste sentido: TJSP, ApCiv 0116503-18.2011.8.26.0100, 36.^a Câm. de Direito Privado, j. 23.08.2012, rel. Pedro Baccarat.

903. SUNDARARAJAN, Arun. *The sharing economy. The end of employment and the rise of crowd-based capitalism*. Cambridge: The MIT Press, 2016, p. 30.

904. MELLER-HANNICH, Caroline. *Verbraucherschutz und Sharing Economy – Conferência da Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor*, UFRGS, 2015, mimeo.

utilidade possível dos bens de sua propriedade, e ser remunerado por isso, em caráter eventual ou não. Por outro lado, quem procura utilizar os bens sem adquiri-los, visualiza a oportunidade de investir apenas o necessário para satisfazer sua necessidade momentânea, abrindo mão de imobilizar parte de seus recursos em bens que utilizará apenas eventualmente.

A tendência é de franca expansão, possibilitada pela criatividade e desenvolvimento de novas plataformas de negócios na internet pelas denominadas empresas, reconhecidas pela estruturação de modelos de negócio inovadores em diversos setores. Note-se que a prestação de serviços ou a oferta de bens podem ser realizadas por intermédio de uma plataforma digital, por pessoas que não atuam necessariamente como profissionais, nem se organizam sob a forma empresarial. É o caso daquele que deseja alugar um dos cômodos da sua casa, por temporada, para um casal de turistas, ou o que divide o uso do seu automóvel ou de certas ferramentas, com outras pessoas interessadas, visando repartir os custos desta utilização ou, mesmo, ser remunerado e obter certo lucro desta atividade.

Em todos estes casos está presente o fenômeno da conexão contratual, e se deve perguntar, justamente, se podem ser caracterizadas como relações de consumo aquelas estabelecidas entre quem deseja contratar a utilização e o outro que oferece e compartilha o uso de um bem, mesmo não sendo um empresário ou profissional que realize a atividade de modo organizado. Ou ainda, situações já conhecidas de pessoas comuns que se utilizam, de modo espontâneo e eventual, da internet para vender coisas usadas. A rigor, estas situações em que não está presente uma organização profissional, ou o exercício habitual da atividade para a obtenção de lucro, não se consideram relações de consumo.

De outro modo, contudo, são as situações em que o consumo colaborativo pela internet utiliza-se de plataforma digital mantida por alguém que se dispõe a viabilizar espaço ou instrumento de oferta por intermédio de um site ou aplicativo. Quem explora o site ou aplicativo atua não apenas como um facilitador, mas como aquele que torna viável e, por vezes, estrutura um determinado modelo de negócio. Em outros termos, o site ou aplicativo permite o acesso à internet e atua como guardião deste acesso, um (“guardião do acesso”) que assume o dever, ao oferecer o serviço de intermediação ou aproximação, de garantir a segurança do modelo de negócio, despertando a confiança geral ao torná-lo disponível pela internet.⁹⁰⁵ No direito brasileiro, estarão qualificados indistintamente como provedores de aplicações de internet, de acordo com a definição que estabeleceu o artigo 5.º, VII c/c artigo 15 da Lei 12.965/2014. Exige a norma, que se constituam na forma de pessoa jurídica, exercendo a atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos.

É a confiança no meio oferecido para as trocas e compartilhamentos, a base do comportamento das partes, levando-as a aderir ao modelo de negócio e por intermédio de determinada plataforma (site ou aplicativo), manifestar a vontade de celebrar o negócio. Exige-se daí o domínio de certas informações sobre quem se dispõe a oferecer o bem para uso compartilhado, ou as características do produto ou serviço oferecido. Ou daquele que pretende obter a contraprestação em dinheiro, a segurança sobre o modo como se viabiliza o pagamento. Nestes casos, poderão participar, inclusive, outros agentes, como aqueles que administrem os meios de pagamento para adimplemento do contrato, ou ainda seguradores, no caso em que a plataforma se disponha a garantir certos interesses das pessoas envolvidas no negócio.

905. Para o papel da confiança na estruturação das relações de consumo na internet, veja-se, por todos: MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2004. 32 e ss.

Nestes casos, os deveres de lealdade são exigíveis de todos, mas a pergunta que surge é qual a posição daquele que organiza e mantém o site ou o aplicativo de internet, e que desempenha esta atividade com caráter econômico, remunerando-se direta (por percentual dos valores contratados ou por taxas fixas) ou indiretamente (por publicidade ou formação e negociação de banco de dados, por exemplo).

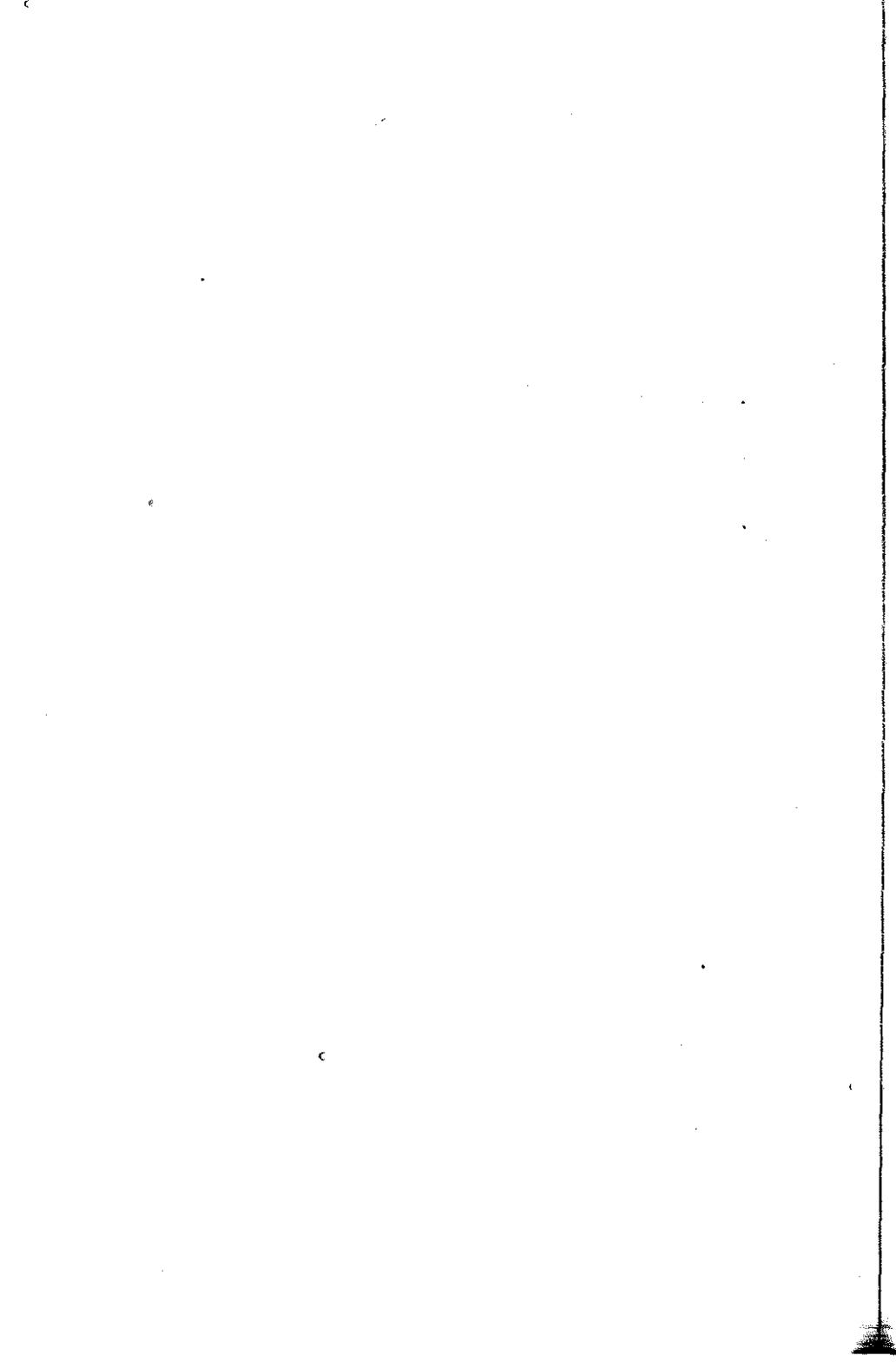
O dever deste guardião será o de garantir a segurança do meio negocial oferecido, em uma espécie de responsabilidade em rede, cuja exata extensão, contudo, será definida caso a caso, conforme o nível de intervenção que tenha sobre o negócio. Há situações em que poderá haver responsabilidade do intermediador pela satisfação do dever principal de prestação do negócio objeto de intermediação com o consumidor. Mas na maior parte das vezes, aquele que apenas aproxima e intermedia o negócio deverá garantir a segurança e confiança no meio oferecido para realizá-lo, não respondendo, necessariamente, pelas prestações ajustadas entre partes.

O critério para a exata distinção destas situações reside no próprio conteúdo do serviço oferecido pelo site ou aplicativo de internet, ao qual, como regra, uma vez viabilizando a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor e caracteriza aquele que o explora como fornecedor de serviços (artigo 3.º). Contudo, para caracterizar-se o vício ou defeito do serviço, como é próprio ao sistema de responsabilidade do fornecedor, deverá ser determinado de antemão, quais os fins (artigo 20) ou a segurança (artigo 14) que legitimamente seriam esperados pelos consumidores em relação ao serviço oferecido por aquele que explora o site ou aplicativo que promove a intermediação entre as partes.

Tratando-se de serviços de intermediação, portanto, não bastará apenas a qualificação daquele que a promove com fins econômicos como fornecedor. A exata medida da responsabilidade daquele que explora o site ou aplicativo que viabiliza o consumo colaborativo mediante compartilhamento de bens e serviços, deriva da confiança despertada — e daí a necessidade da precisa definição de vício ou defeito da prestação —, o que dependerá do exame caso a caso, do modelo de negócio organizado a partir do site ou aplicativo.

O desenvolvimento de sites e aplicativos que promovam alternativas de consumo compartilhado de bens e serviços se associa, em geral, ao melhor interesse do consumidor, uma vez permitem uma melhor utilização de produtos e serviços e, ao mesmo tempo, podem fomentar a concorrência com setores organizados da economia, melhorando suas práticas. Tratando-se de serviços oferecidos no mercado de consumo, há incidência da legislação de proteção do consumidor. Uma pergunta final que traduz as dificuldades de lidar com as inovações trazidas pela internet, diz respeito à necessidade de regulação específica, ou não, destas várias situações de compartilhamento.

Tenha-se em conta que o reconhecimento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor à oferta de aplicações de internet em geral (artigo 7.º, XIII, da Lei 12.965/2014 – Marco Civil da Internet), é, por si, uma garantia aos consumidores de produtos e serviços, inclusive nos modelos de consumo colaborativo em que aquele que promove a intermediação atua profissionalmente. Nestes termos, deve-se ter em conta que o excesso de regulamentação específica e difusa pode inibir a formação de um ambiente seguro para inovação. Já incidem em conjunto sobre as relações que surjam da intermediação realizada por provedores de internet, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei 12.965/2014, para assegurar a adequada proteção da confiança despertada pelas novas tecnologias, como é o caso das situações de consumo colaborativo desenvolvidas por intermédio da internet.



RESPONSABILIDADE CIVIL DE CONSUMO

3

SUMÁRIO: 3.1 Noções introdutórias: 3.1.1 Fundamento da responsabilidade civil na sociedade de consumo de massas: a proteção dos interesses legítimos dos consumidores; 3.1.2 Tendência contemporânea da responsabilidade civil: abandono do critério da culpa; 3.1.3 Novos critérios de imputação da responsabilidade: entre o risco e a vantagem econômica da atividade – 3.2 Responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço: 3.2.1 Definição; 3.2.2 Critério de identificação; 3.2.3 Requisitos; 3.2.4 Excludentes de responsabilidade; 3.2.5 O risco do desenvolvimento; 3.2.6 Solidariedade da cadeia de fornecimento; 3.2.7 O artigo 931 do Código Civil e o CDC; 3.2.8 Responsabilidade dos profissionais liberais por fato do serviço; 3.2.9 Prazo prescricional; 3.2.10 Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço na internet; 3.2.11 Responsabilidade dos provedores de internet por conteúdo gerado por terceiros na Lei 12.965/2014 (o denominado "Marco Civil da Internet") – 3.3 Responsabilidade por vício do produto ou do serviço: 3.3.1 Definição; 3.3.2 Requisitos; 3.3.3 Solidariedade da cadeia de fornecimento; 3.3.4 Eficácia da responsabilidade por vício do produto; 3.3.5 Eficácia da responsabilidade por vício do serviço; 3.3.6 Prazo para exercício do direito de reclamar por vícios; 3.3.7 Garantia legal e garantia contratual – 3.4 Extensão da responsabilidade patrimonial do fornecedor: 3.4.1 Funções da indenização no CDC; 3.4.2 Desconsideração da personalidade jurídica.

Dentre os diversos campos em que o direito do consumidor alterou substancialmente o direito tradicional, é no âmbito da responsabilidade civil que tais mudanças aparecem de modo mais destacado. Observa José Reinaldo de Lima Lopes, que a necessidade de uma reelaboração teórica do tema se impõe uma vez que a realidade social e econômica da sociedade de consumo de massas é substancialmente distinta da realidade anterior. Em primeiro lugar, o causador do dano não é mais um indivíduo, mas uma organização, uma empresa. A vítima, da mesma forma, não é um consumidor individualizado, mas uma massa ou grupo de consumidores, um "conjunto indefinido de pessoas que estão no mercado". Por fim, o requisito clássico da responsabilidade civil, a "ação ou omissão voluntária", passa a se caracterizar como um "processo anônimo, despersonalizado, burocratizado de produção em série de bens de mais variada natureza".¹

1. LOPES. *Responsabilidade civil do fabricante...*, p.13.

A estrutura tradicional da responsabilidade civil, entretanto, não resta superada. Tanto o CDC, quanto mais recentemente o Código Civil de 2002, tratam de estabelecer uma releitura dos seus institutos, sobretudo no que diz respeito a situações específicas nas quais, seja em decorrência da extensão do dano, dos processos mediante os quais se dá a violação do direito (cadeia de fornecedores), ou a possibilidade real de provar-se a incorreção ou falta de uma determinada conduta do causador do dano, fez-se necessária uma visão renovada do instituto, o que leva como efeito indissociável deste processo, a objetivação da responsabilidade civil.

No direito do consumidor, a própria classificação tradicional entre responsabilidade contratual e extracontratual é afastada, para dar lugar a uma nova terminologia, da *responsabilidade pelo fato do produto e do serviço* e a *responsabilidade pelo vício do produto e do serviço*. A *summa divisio* da responsabilidade civil no direito do consumidor, assim, não se dá mais em razão da *fonte do dever jurídico* violado (quando o descumprimento de um dever contratual ensejava a responsabilidade contratual, e a violação de um dever legal dava causa à responsabilidade extracontratual).² O novo critério do direito do consumidor se dá em vista do *interesse jurídico protegido* pelo ordenamento. Neste caso, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, também denominada como responsabilidade por *acidentes de consumo*, tem em vista a proteção da *segurança* do consumidor. Ou seja, responde pelo fato do produto ou do serviço, aquele que não oferece a segurança esperada, causando danos ao consumidor.

Por outro lado, a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço visa à proteção do interesse do consumidor quanto à *adequação* do produto ou serviço. Neste caso, a responsabilidade por vício é o efeito da não adequação do produto ou serviço, o que será caracterizado – de acordo com a exata previsão do CDC – quando estes não servirem aos fins que legitimamente deles se esperam (artigo 18).

Esta nova classificação não significa mera inovação terminológica. A razão de ser desta definição tem seu lugar na melhor proteção dos interesses de consumidores-vítimas de danos no mercado de consumo, a partir do estabelecimento de uma única fonte de responsabilidade: a própria lei.

3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

São conhecidos dentre os elementos ou pressupostos da responsabilidade civil, a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre ambos. Neste sentido, a atividade do jurista em grande medida está em reconhecer na situação concreta a existência de todos os pressupostos de modo a que se possa determinar a consequência jurídica da responsabilidade civil.

2. Um exemplo ilustrativo é o da responsabilidade reconhecida aos *shopping centers* ou estabelecimentos empresariais pelo furto ou roubo de veículos de consumidores nos estacionamentos que disponibilizam. Tal responsabilidade, que anteriormente era fundada na equiparação entre o contrato de estacionamento e o contrato de depósito, atualmente é fundamentada exclusivamente no dever de segurança que resulta do regime legal do próprio CDC. Neste sentido, pronuncia-se o STJ: “É dever de estabelecimentos como *shopping centers*, que oferecem estacionamento privativo aos consumidores ainda que de forma gratuita, zelar pela segurança dos veículos e dos clientes.” (STJ, AgRg no AREsp 188.113/RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, 3.ª T., j. 01.04.2014, Dje 07.04.2014). No mesmo sentido, em relação ao furto em estacionamento oferecido por banco para atendimento de seus clientes: STJ, AgRg no AREsp 376.268/SP, 4.ª T., j. 18.02.2014, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Dje 06.03.2014.

A semântica do termo *conduta* remete-nos, o mais das vezes, ao de *ação, ato, comportamento humano comissivo* ou *omissivo* que enseje um determinado resultado. Trata-se, nesse aspecto, de um comportamento tipicamente humano, uma projeção externa humana causadora de consequências fáticas que, localizadas nas espécies de atuação eleitas pela norma jurídica, tornam-se, por isso, atos jurídicos, em relação aos quais o direito atribui requisitos e consequências. Da conduta contrária a direito – entendida como conduta contrária à norma – surge a classificação própria, em se tratando dos pressupostos da responsabilidade: o *ato ilícito*.³ Este se traduz como omissão de um comportamento devido, cuja determinação verifica-se expressamente pela norma, ou de modo implícito, de outros comportamentos exigíveis do titular de um dever.⁴ Igualmente, a ilicitude há de ser reconhecida a partir da contrariedade a dever cuja fonte normativa identifica-se tanto nas normas civis quanto penais,⁵ bem como – em dadas situações – quanto à responsabilidade do indivíduo frente à Administração, em relação a normas editadas no âmbito administrativo.

O ato ilícito com pressuposto da responsabilidade civil, nesse sentir, insere-se na tutela genérica de interesses socialmente valiosos, e é compreendido em relação à pessoa como *violação de um dever jurídico de não lesar*. Já o que se há de considerar por lesão é termo de necessária atribuição pela norma no exercício de *função valorativa* que lhe é própria, a partir de um juízo prévio de compreensão de determinadas ações humanas como desejáveis ou não sob o prisma da paz social e, modernamente, na proteção da dignidade da pessoa humana. Em razão de uma compreensão valorativa de certos comportamentos sociais é que, por intermédio de determinações de natureza imperativa, prescritiva ou proibitiva, a norma elege condutas em face da lesão a direito que a ordem jurídica pretende evitar.

Contudo, a mera identificação do ato ilícito e sua vinculação à ocorrência de um dano, por si, na teoria clássica da responsabilidade civil, não completavam os requisitos necessários para a imputação de responsabilidade. Era necessário, para a verificação de responsabilidade, a investigação da motivação interna do sujeito que realizou a conduta e sua inclinação ao resultado danoso presumido. Sob a égide da *teoria da culpa*, os juristas clássicos dos séculos XVIII e XIX estabeleceram como elemento necessário da conduta a presença da culpa em sentido amplo, como *conditio sine qua non* para a imputação de responsabilidade e do consequente dever de in-

3. PESSOA JORGE. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 70.

4. *Idem*, p. 72.

5. É conhecida a distinção, demonstrada, dentre outros por Aftalión, entre a tutela penal e civil, estando a primeira afeita à estimação de atos humanos especialmente perigosos e lesivos à convivência pacífica e à tranquilidade social, ou seja, a tutela reflexa do bem jurídico segurança social. AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 891-892. O direito civil, de outro modo, estabelecerá seu paradigma na tutela do interesse individual, na proteção contra violação, dos direitos próprios dos indivíduos, abarcando a órbita de valores de proteção da pessoa, cujo influxo das modernas teorias contemporâneas indicam sua articulação necessária com o direito constitucional (conforme referimos no item 1.2.1, “B”, da I Parte). Nas relações entre a responsabilidade penal e civil, entretanto, embora se distingam quanto à proteção precípua que estejam a determinar, se há comunidade ou aos interesses individuais do titular de direito subjetivo, de algum tempo a doutrina especializada assinala a conexão de ambos como representativos da proteção de interesses sociais comuns. Nesse sentido são clássicas as considerações de: MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1945. v.1, p. 229; LARENZ. *Derecho de...*, p. 562. Entre nós, festejado o entendimento de AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade...*, v. 1. p. 8.

denizar. Pothier, por exemplo, cuja obra é das principais inspirações do Código Civil francês, identifica nos *delitos* e nos *quase-delitos*, ambos caracterizados sob a égide da ilicitude, a terceira e a quarta causa das obrigações, respectivamente. Ambas, todavia, sob a marca do elemento interno do agente. Nos *delitos*, quando “por ato pelo qual uma pessoa, por dolo ou maldade, causa perda ou dano a outra”, enquanto nos *quase-delitos*, identificava-se “o ato pelo qual uma pessoa, sem maldade, mas por imprudência que não seja desculpável, causa algum dano a outro”.⁶

3.1.1 *Fundamento da responsabilidade civil na sociedade de consumo de massas: a proteção dos interesses legítimos dos consumidores*

A sociedade de consumo de massas dá causa à possibilidade de *danos de massa*, em decorrência dos produtos e serviços introduzidos no mercado de consumo. Para a definição dos denominados danos de massa, não se pode deixar de considerar a relevância para sua origem, dos riscos decorrentes de avanços científicos e de novas tecnologias, assim como o grande número de vítimas, ou ainda de danos causados em série, como elementos necessários para sua identificação.⁷ E o direito, como ordenador da conduta socialmente desejável, e mediador dos conflitos em sociedade deve estar dotado de instrumentos para responder adequadamente a esta situação.⁸

A proteção do consumidor contra riscos dos produtos e serviços introduzidos no mercado de consumo tem seu fundamento no reconhecimento da existência de interesses legítimos de que estes produtos e serviços sejam seguros, ou seja, de que não apresentem nem uma periculosidade ou uma nocividade tal a causar danos para quem venha a ser exposto aos mesmos. O respeito a estes interesses legítimos dos consumidores, como regra, não se submete à verificação do critério da culpa do fornecedor acerca de eventuais prejuízos causados por seus produtos ou serviços, mas simplesmente na proteção da confiança social de adequação e segurança dos produtos introduzidos no mercado.

Note-se que, com relação ao CDC brasileiro, a proteção da segurança e da saúde dos consumidores é consagrada a partir de sua previsão como direitos subjetivos essenciais, cuja violação importa o efeito da responsabilização civil. Assim o artigo 6.º, I, do CDC: “São direitos básicos do consumidor: I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Da mesma forma, o artigo 8.º, da mesma lei: “Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito”. Ainda, tanto no que se refere à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (artigos 12, § 1.º, e 14, § 1.º), quanto em relação ao vício do produto e do serviço (artigo 18, *caput*, e 20, § 2.º), o que fundamenta o conceito de defeito (pressuposto da responsabilidade civil por danos ao consumidor), assim como a definição de vício (que compromete o dever de adequação do

6. POTHIER, R. J. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001. p. 113.

7. GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. *Dommages de masse et responsabilité civile*. Paris: LGDJ, 2006. p. 77.

8. Apontando a necessidade de um tratamento específico, tanto no âmbito processual, quanto de direito material, para os danos de massa, veja-se a tese e GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. *Dommages de masse et responsabilité civile*, p. 428 et seq.

produto ou serviço), é a *segurança*⁹ ou a *finalidade*¹⁰ que o consumidor legitimamente espera daquele objeto da relação de consumo.

A proteção da confiança legítima dos consumidores, sistematizada no CDC, é o fundamento da responsabilidade civil de consumo. Neste sentido, estabelece-se um direito subjetivo básico à segurança do consumidor como efeito da proteção a esta expectativa legítima dos consumidores e da sociedade, de que os produtos e serviços colocados no mercado atendam a padrões de segurança razoáveis. Para tanto, o legislador brasileiro, a exemplo do europeu, optou pela imposição da responsabilidade aos fornecedores que introduzam no mercado produtos ou serviços defeituosos, quais sejam, aqueles que apresentem falhas em uma das várias fases do seu processo de concepção e fornecimento, as quais terminem por comprometer sua segurança, gerando danos.

3.1.2 *Tendência contemporânea da responsabilidade civil: abandono do critério da culpa*

A regra da culpa é a base do sistema tradicional da responsabilidade civil. A ponto de, ainda no século XIX, muitos juristas proclamarem a conhecida máxima “nenhuma responsabilidade sem culpa”, ou como resumia Rudolf Von Ihering, “sem culpa, nenhuma reparação”.¹¹ Todavia, em face das diversas transformações sociais, econômicas e tecnológicas a que já referimos em outros momentos deste trabalho, gradativamente foram aparecendo situações nas quais o requisito da prova da culpa para efeito de imputação da responsabilidade civil foi gradativamente desaparecendo. Até porque, a regra da culpa, em certo sentido, tem seu lugar como decorrência do individualismo liberal do século XIX, segundo o qual a liberdade de atuação individual só pode ser restringida pela imposição de responsabilidade por danos, quando lhe seja imputada uma conduta dolosa, negligente ou imprudente, passível de reprovação.

A certa altura, diversos países passaram a reconhecer situações nas quais a responsabilidade civil poderia ser imputável a alguém que estivesse suficientemente vinculado à causação de um dano, ainda que não se pudesse por isso comprovar comportamento doloso, negligente ou imprudente. Ou seja, ainda que não fosse possível provar a culpa. Trata-se do que nos sistemas de direito romano-germânico como o direito brasileiro, vai denominar-se genericamente como responsabilidade objetiva extracontratual, ou no *common law*, a *strict liability* (responsabilidade estrita).

No direito alemão, já na década de 1880, institui-se um sistema de indenizações para trabalhadores vítimas de acidentes industriais sem a exigência da prova de culpa, repetindo o que já ocorria na Prússia com relação à responsabilidade por acidentes em estradas de ferro desde 1838, estendido a todo o Império Alemão em 1871. Tais disposições, seguidas por diver-

9. Assim o artigo 12, § 1.º, do CDC: “(...) O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera (...)”; no mesmo sentido o artigo 14, § 1.º do CDC: “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar (...)”.

10. Assim o artigo 18, *caput*, do CDC: “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”. E o artigo 20, § 2.º, do CDC: “São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”.

11. Conforme anota: AGUIAR DIAS. *Da responsabilidade civil*, v. 1, p. 42.

soos países com relação a uma série de eventos danosos decorrentes de novas máquinas ou tecnologias, decorriam naturalmente dos riscos que apresentavam estes inventos e, com eles, a impossibilidade da vítima em assumir tais riscos.¹²

Com isso se estabelecem legislações concentradas em uma espécie de princípio de proteção da vítima, o que também se assiste nos países de *common law*, em um primeiro momento pelo estabelecimento de uma presunção de negligência contra o acusado, através da regra da *res ipsa loquitur*. No direito brasileiro, esta tendência passa a ser considerada a partir do Decreto 2.861, de dezembro de 1912, que regula a responsabilidade civil das estradas de ferro e que, ao contrário de requerer como requisito da sua imputação a prova da culpa, apenas vai admitir exclusão da responsabilidade atribuída nas hipóteses estritas em que provarem circunstâncias taxativamente relacionadas no artigo 1.º da norma em comento.

A partir de então se observa uma tendência de abandono da regra “nenhuma responsabilidade sem culpa”, e de proteção da vítima em matéria de responsabilidade civil. Esta tendência obedece a exigências de maior utilidade e, mesmo, justiça, no que modernamente muitos têm denominado *direito de danos*.¹³ *Utilidade*, na medida em que permite que se contemplem situações nas quais a prova do dano ou da conduta determinante imputada ao ofensor, são de difícil realização, ou mesmo impossível de serem produzidas em certas situações. *Justiça*, em face do estabelecimento de uma nova distribuição dos ônus decorrentes dos riscos sociais da sociedade de massas, pela admissão da imputação objetiva de responsabilidade àqueles que imediatamente auferem benefícios econômicos da atividade produtora de riscos.¹⁴ Ou nos termos que propõe, no direito norte-americano, Roscoe Pound, no sentido da proteção da *segurança geral da comunidade*.¹⁵

Atualmente no direito brasileiro, são diversas as disposições, além das previstas na disciplina no Código de Defesa do Consumidor, versando sobre a responsabilidade objetiva, e nas quais não se exige a verificação de culpa para imputação do dever de indenizar. Neste sentido, são previstas, dentre outras, a responsabilidade civil por danos ambientais (artigo 14, § 1.º, da Lei 6.938/81), por danos nucleares (artigo 21, XXIII, c, da Constituição da República, e artigo 8.º da Lei 6.453/77), a responsabilidade civil do Estado (artigo 37, § 6.º, da Constituição da República), assim como as diversas hipóteses de responsabilidade objetiva previstas nas disposições do Código Civil em vigor (artigo 927, parágrafo único, artigo 931, sobre a responsabilidade do empresário, artigo 932, sobre a responsabilidade por representação, dentre outros).

A adoção do regime da responsabilidade objetiva, ou seja, independente da verificação da culpa como elemento da conduta do agente causador do dano, é questão de conveniência e utilidade social, a critério do legislador. Daí porque sua adoção, nos diversos sistemas, vai respeitar àquelas situações em que a distribuição dos custos representados pelos danos ou a difi-

12. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al derecho comparado*. Trad. Arturo Aparicio Vazquez. México: Oxford University Press, 2002. p. 689-690.

13. A expressão *direito de danos*, em grande medida indica a mudança do paradigma de exame das questões relativas à responsabilidade civil, assim como seus fundamentos. A diretriz básica do direito de danos é a reparação destes danos, relativizando ou esmaecendo as diferenças entre as fontes do dever violado (contratual ou extracontratual). O direito de danos, assim, tem sua unidade assegurada pelo atingimento dos objetivos de reparação dos danos causados e da proteção da vítima, aproximando as duas principais fontes das obrigações, quais sejam, contrato e delito.

14. Neste sentido ensina Alvino Lima, em sua obra clássica: LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: RT, 1999. p. 113 et seq.

15. POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University Press, 1982. p. 100.

culdade de comprovação da culpa do agente causador de um determinado evento danoso, possam indicar a opção pela responsabilidade objetiva como capaz de permitir a efetividade da prestação jurisdicional.¹⁶ A lógica que a orienta é uma maior preocupação com a vítima,¹⁷ naquelas situações em que a necessidade da demonstração cabal da culpa invariavelmente ocasiona a ausência de responsabilidade do autor do dano.

3.1.3 *Novos critérios de imputação da responsabilidade: entre o risco e a vantagem econômica da atividade*

A opção do CDC e da legislação de proteção do consumidor em todo o mundo, é o da responsabilização de natureza objetiva, dos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo. No caso da legislação brasileira, a única exceção é a responsabilidade dos profissionais liberais, em que se preserva seu caráter subjetivo, portanto exigindo a verificação de culpa.

Em geral, mesmo na legislação do direito privado comum – Código Civil –, a previsão da responsabilidade objetiva vincula-se invariavelmente ao fundamento do risco da atividade desenvolvida. Neste sentido, como ensina Karl Larenz, a responsabilidade pelo risco “se trata de uma imputação mais intensa desde o ponto de vista social a respeito de uma determinada esfera de riscos, de uma distribuição de riscos de dano inerentes a uma determinada atividade segundo os padrões ou medidas, não da imputabilidade e da culpa, senão da assunção de risco àquele que o cria ou domina, ainda que somente em geral”.¹⁸

A *teoria do risco*, neste sentido, surge para resolver questões que a *teoria da culpa*, em face da complexidade da vida moderna não tem o condão de fazê-lo, seja pela dificuldade ou mesmo pela inconveniência do dever de reparação da vítima de um dano, aspecto objetivo colocado em relevo pela responsabilidade civil em direito privado, seja orientado pelo mesmo princípio subjetivo, (a reclamar a investigação de elementos psicológicos do agente), que se estabelece como regra na responsabilidade penal,¹⁹ por exemplo.

Desde seu surgimento, a teoria do risco vem experimentando grande evolução. Sobretudo no que diz respeito às espécies de riscos reconhecidos como determinantes à imputação de responsabilidade objetiva. Dentre outros, é corrente na doutrina de direito privado a menção ao *risco-proveito*, o *risco-criado*, o *risco profissional*, o *risco excepcional*, assim como o *risco integral*.²⁰

16. Veja-se a respeito, o excelente e didático estudo de: VIEIRA, Patrícia Ribeiro. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

17. MAZEAUD/MAZEAUD/TUNC. *Tratado teorico practico de la responsabilidad civil...*, t. I, p. 95. No mesmo sentido, Alvaro Lima, ao referir que “uma das funções primaciais da lei é anular o desequilíbrio das partes, vindo em socorro dos mais fracos; assim se procede no próprio terreno contratual, onde há a livre manifestação da vontade. Com mais força de razão, quando as circunstâncias da vida, múltiplas e imprevisíveis, inexoráveis, colocam os homens mais a mercê dos outros, justifica-se, sobremaneira, o amparo da lei na proteção da vítima”. LIMA, Alvaro. *Culpa e risco*, p. 335.

18. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, t. II, p. 665.

19. LIMA, Alvaro. *Culpa e risco*, p. 116-117.

20. Veja-se a respeito, o elucidativo resumo de Cavalieri e Direito em seus Comentários ao Código Civil de 2002. CAVALIERI, Sérgio; DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 12-16.

No direito do consumidor, seja pela posição negocial ocupada pelo fornecedor – responsável pela reparação dos danos causados – ou mesmo pelo aspecto econômico que envolve a relação de consumo no mercado de consumo –, o fundamento essencial do regime de responsabilidade objetiva do fornecedor é a teoria do *risco-proveito*. Ou seja, responde pelos riscos de danos causados por atividades que dão causa a tais riscos aqueles que a promovem, obtendo delas vantagem econômica. Trata-se, no caso, da distribuição dos custos que representam os riscos causados pela atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo. E não se diga que o fornecedor suportará tais custos. Apenas que se elege um critério eficiente de sua redistribuição por toda a cadeia de fornecimento, uma vez que os mesmos serão necessariamente repassados, por intermédio do sistema de preços, a todos os consumidores que terminam por remunerar o fornecedor também em consideração dos custos representados pelas eventuais indenizações que ele venha a suportar.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL PELO FATO DO PRODUTO E DO SERVIÇO

A origem da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, também denominada responsabilidade por acidentes de consumo, assim como seu maior desenvolvimento, sem dúvida, são observados no direito norte-americano, ao longo do século XX, tendo se apresentado mais recentemente também no direito europeu – notadamente a partir das normas de direito comunitário.

É paradigmático, neste sentido, o caso *McPherson vs. Buick Motor Co.*, decidido pelo Tribunal de Apelações de New York, em 1916. No caso em questão, discutia-se a extensão da responsabilidade de uma fábrica de automóveis pelos veículos por ela fabricados. Na ocasião, decidiu o tribunal que, tendo em vista se tratar de produtos “perigosos”, o fabricante tinha a obrigação de adotar precauções não apenas em relação ao comprador do produto, mas também em relação a quaisquer usuários do automóvel, razão pela qual poderia ser imputada responsabilidade por negligência na hipótese de danos a quaisquer terceiros usuários do bem.²¹

No mesmo sentido, no direito britânico, foi a decisão da Câmara dos Lordes, em 1932, responsabilizando o fabricante de uma garrafa de cerveja por danos causados ao consumidor que vindo a consumi-la em uma *coffee shop*, observa desprender-se do fundo da garrafa os restos de um caracol em decomposição.²²

Em ambos os casos a inovação residiu justamente na superação da exigência de um vínculo jurídico antecedente, um vínculo contratual entre as partes para que a vítima pudesse demandar contra o fabricante em razão de defeitos de fabricação. Passa a bastar, assim, a condição de vítima para que o consumidor tenha reconhecida sua legitimidade para demandar contra o causador do dano. Ou seja, houve a superação da exigência de uma relação jurídica previamente constituída entre o fabricante e a vítima, que não precisa mais ser necessariamente quem tenha realizado o contrato de consumo com o fornecedor, mas simplesmente quem tenha sofrido prejuízo decorrente do produto ou serviço oferecido.

Da mesma forma, a partir destes dois casos, passou-se a ser reconhecido no *common law* uma autêntica obrigação de tomar precauções com relação aos fabricantes de produtos, assim

21. ZWEIGERT/KÖTZ. *Introducción al derecho comparado*, p. 649.

22. *Idem*, *ibidem*.

como outras situações que passam a ser reconhecidas pelos tribunais.²³ E é a ausência destas precauções que, segundo a jurisprudência norte-americana, dará ensejo à caracterização de um defeito do produto, como foi decidido na primeira demanda em que se discutiu a *strict defect liability in torts*, o caso *Escola vs. Coca Cola Bottling*, julgado pela Corte Estadual da Califórnia em 1944, envolvendo a explosão de uma garrafa de refrigerante, e na qual o juiz Roger Trainor concluiu pela responsabilidade do fabricante pelo defeito de segurança dos produtos colocados no mercado.²⁴

Anos depois, outro caso de grande repercussão também será o *Greenman vs. Yuba Powers Product*, pelo qual a Suprema Corte da Califórnia reconhece, em 1963, a responsabilidade do fabricante por danos físicos causados na vítima, em razão do uso de uma máquina para realizar reparos domésticos com madeira. No caso, a vítima havia ganhado a mesma de sua esposa por ocasião do Natal. Concluiu a Corte pela existência da responsabilidade do fabricante pelo defeito do produto, independente de considerar-se a existência de negligência, mas exclusivamente, em razão do defeito em produto introduzido no mercado, determinando com isso o dever de indenizar decorrente da *strict defect liability*.²⁵ É então que esta orientação se consolida, com a publicação do *Second Restatement of Torts*,²⁶ de 1965, o qual previa em seu § 402 A:

"1. A pessoa que venda um produto em condições defeituosas e que, de maneira irracional, representem um perigo para o usuário, ao consumidor e a sua propriedade, deverá responder pelo dano físico causado pelo produto ao usuário ou consumidor final, ou a sua propriedade se:

- a) o vendedor se dedica a atividades relacionadas com a venda do referido produto, e
- b) se espera que o produto chegue e leve ao usuário ou consumidor sem alteração substancial nas condições em que é vendido.

2. Se aplica a regra estabelecida na Subseção 1 ainda quando:

- a) o vendedor tenha tomado todos os cuidados possíveis na preparação e venda do seu produto, e
- b) o usuário ou consumidor não tenha comprado do vendedor, nem tenham celebrado nenhuma relação contratual com o mesmo".²⁷

Esta regra, que fundamenta a *strict liability* em matéria de danos causados por defeitos de produtos no direito norte-americano, desenvolve-se a partir de novos fundamentos para a imputação da responsabilidade. Em um primeiro momento, concentra-se na caracterização da quebra de uma garantia implícita (*breach of implied warrant*), protegendo as expectativas relativas ao uso normal de um produto,²⁸ para desenvolver-se, em seguida, admitindo a hipótese de

23. *Idem*, p. 650.

24. CHRISTIE, George C. MEEKS, James E.; PRYOR, Ellen S.; SANDERS, Joseph. *Cases and materials on the law of torts*. Saint Paul: West Publishing Co., 1997. p. 630-631.

25. CHRISTIE/MEEKS/PRYOR/SANDERS. *Cases and materials*... p. 632-634.

26. O *Second Restatement of Law* é espécie de consolidação das reflexões decorrentes da jurisprudência norte-americana e adotado como fundamento das decisões seguintes, assim como das alegações das partes no processo. Os Estados Unidos encontram-se atualmente às voltas com a aprovação do *Third Restatement of Torts*, em avançado processo de discussão no American Law Institute, órgão encarregado de coordenar as discussões sobre o documento.

27. Traduzi da transcrição de: ZWEIGERT/KÖTZ, p. 717.

28. PRIEST, George S. A theory of consumer product warranty. In: CRASWELL, Richard; SCHWARTZ, Alan. *Foundations of contract law*. New York: Oxford University Press, 1994. p. 174-180.

responsabilização quando constatados defeitos que comprometem a segurança do produto (*manufacturing defects, design defects* ou *warning defects*).²⁹

Em paralelo, o desenvolvimento da responsabilidade civil do produtor no direito europeu continental também observou situações de danos causados em decorrência da intoxicação com produtos impróprios para o consumo, tais como pães feitos com farinha contaminada, ou biscoitos estragados, para os quais em geral se estabeleceu – mesmo sem previsão expressa – a presunção de culpa do fabricante.³⁰ Da mesma forma, é conhecido o caso na Alemanha, em 1968, pelo qual a morte de milhares de frangos de uma granja em razão da falta de informação pelo fabricante sobre o modo como deveria lhes ser ministrado um determinado medicamento, dá ensejo à responsabilidade por falta ao dever de informar, inclusive com o estabelecimento de uma presunção de culpa do fabricante.³¹ É então que a Comunidade Europeia, ao verificar a necessidade do estabelecimento de um regime uniforme acerca de responsabilidade civil em decorrência de danos causados por produtos defeituosos, editou em 1985, a Diretiva 85/374/CEE, regrando tais situações.

No sistema do direito europeu, as diretivas servem para estabelecer normas que devem ser incorporadas às ordens jurídicas internas dos países. No caso da Diretiva 85/374/CEE, estabeleceu basicamente, em seu artigo 1.º, que “o produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto”. Ao mesmo tempo, então, define no artigo 3.º, quem deve ser considerado produtor, assim como o regime da responsabilidade na hipótese de não se poder identificar quem seja o produtor: “1. O termo “produtor” designa o fabricante de um produto acabado, o produtor de uma matéria-prima ou o fabricante de uma parte componente, e qualquer pessoa que se apresente como produtor pela aposição sobre o produto do seu nome, marca ou qualquer outro sinal distintivo; 2. Sem prejuízo da responsabilidade do produtor, qualquer pessoa que importe um produto na Comunidade tendo em vista uma venda, locação, locação financeira ou qualquer outra forma de distribuição no âmbito da sua atividade comercial, será considerada como produtor do mesmo, na aceção da presente diretiva, e responsável nos mesmos termos que o produtor; 3. Quando não puder ser identificado o produtor do produto, cada fornecedor será considerado como produto, salvo se indicar ao lesado, num prazo razoável, a identidade do produtor, ou daquele que lhe forneceu o produto. O mesmo se aplica no caso de um produto importado, se este produto não indicar o nome do importador referido no n. 2, mesmo se for indicado o nome do produtor”.

A Diretiva europeia, todavia, manteve o ônus da prova com a vítima, no que diz respeito à existência do dano, do defeito e do nexa causal entre o defeito e o dano, assim como definiu as hipóteses excludentes da responsabilidade do produtor (artigo 7.º), quais sejam: “a) Que não colocou o produto em circulação; b) Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode considerar que o defeito que causou o dano não existia no momento em que o produto foi por ele colocado em circulação, ou que este defeito surgiu posteriormente; c) Que o produto não foi fabricado para venda ou para qualquer outra forma de distribuição com um objetivo econômico por parte do produtor, nem fabricado ou distribuído no âmbito da sua atividade profissional; d) Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas; e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da

29. CHRISTIE, George C. MEEKS, James E.; PRYOR, Ellen S.; SANDERS, Joseph. *Cases and materials on the law of torts*. Saint Paul: West Publishing Co., 1997. p. 624 et seq.

30. ALPA, Guido; BESSONE, Mário. *La responsabilità del produttore*. Milano: Giuffrè, 1987. p. 27.

31. *Idem*, p. 157.

colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito, f) No caso do produtor de uma parte componente, que o defeito é imputável à concepção do produto no qual foi incorporada a parte componente ou às instruções dadas pelos fabricantes do produto". Além destas, refere o artigo 8.º que a "responsabilidade do produtor pode ser reduzida ou excluída, tendo em conta todas as circunstâncias, quando o dano for causado conjuntamente por um defeito do produto e por culpa do lesado ou de uma pessoa pela qual o lesado é responsável".

Por fim, dentre outras disposições estabelecidas na Diretiva, destaca-se a admissão da solidariedade dos fornecedores, assim como sua definição de dano estabelecida no artigo 9.º, que embora não abrangendo expressamente os danos morais, admite na categoria de dano, os decorrentes da morte e lesões corporais, assim como refere expressamente que suas disposições não excluem disposições existentes em normas nacionais, relativas a danos não patrimoniais.³² Da mesma forma, estabelece o prazo prescricional de três anos para o exercício da pretensão indenizatória, contados da data em que o "lesado tomou ou deveria ter tomado conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor" (artigo 10.º, I).

Note-se que a disciplina europeia para a responsabilidade pelo fato do produto foi fonte direta de inspiração do legislador brasileiro ao disciplinar a matéria no CDC.³³ Daí sua importância para efeito de compreensão do sistema brasileiro de responsabilidade do produtor do produto ou do serviço, ainda que em relação a este último, não haja até o presente momento, regulamentação no âmbito do direito comunitário europeu.

3.2.1 Definição

A responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilização em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção, produção, comercialização ou fornecimento de produto ou serviço, determinando seu dever de indenizar pela violação do dever geral de segurança inerente a sua atuação no mercado de consumo.

No direito brasileiro, o regime de responsabilidade distingue-se em razão do dever jurídico violado pelo fornecedor. A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da violação de um *dever de segurança*, ou seja, quando o produto ou serviço não oferece a segurança que o consumidor deveria legitimamente esperar.³⁴ Já a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação de um *dever de adequação*, qual seja, o dever dos fornecedores de oferecer produtos ou serviços no mercado de consumo que sirvam aos fins que legitimamente deles se esperam.³⁵

32. "Artigo 9.º (...) a) O dano causado pela morte ou por lesões corporais; b) O dano causado a uma coisa ou a destruição de uma coisa que não seja o próprio produto defeituoso, com dedução de uma franquia de 500 ECUs, desde que esta coisa: i) seja de um tipo normalmente destinado ao uso, ou consumo privados, e ii) tenha sido utilizada pela vítima principalmente para seu uso ou consumo privados. O presente artigo não prejudica as disposições nacionais relativas aos danos não patrimoniais".

33. GRINOVER/BENJAMIN. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 10.

34. Para os contornos do dever de segurança, veja-se, no direito argentino: RINESSI. *El deber de seguridad*, p. 13 et seq.

35. Neste sentido decidiu o TJRS: "Apelação cível. Responsabilidade civil em acidente de trânsito. Transporte rodoviário. Queda de coletivo. Danos materiais. Dano moral. *Quantum* indenizatório.

Por outro lado, no que diz respeito à responsabilidade pelo produto ou do serviço, outra questão diz respeito à terminologia para sua designação. A expressão “*acidente de consumo*” é criticada por muitos autores em razão do seu caráter de responsabilidade pelo fato da coisa presente na doutrina civil, e que coloca o instrumento imediato de causação do dano, sem a vinculação expressa ao produto estabelecido (*dever de segurança*). Na doutrina brasileira, a expressão mais adequada para designar tais fenômenos seria o de *evento danoso decorrente da utilização da expressão “acidente de consumo”* prevalece atualmente entre nós.³⁷

Todavia, mesmo concordando com as bem apontadas razões de sua preferência pela expressão *acidentes de consumo* na designação dos eventos danosos decorrentes da falta ao dever de segurança de produtos e serviços, continuamos a nos referir à designação do *fato do produto e do serviço*, em atenção à própria opção do legislador.

3.2.2 Critério de identificação

O CDC, ao estabelecer normas de proteção do consumidor, tem em consideração a uma série de interesses reconhecidos pela própria norma como legítimos. Não se restringe, portanto, ao interesse meramente econômico, representado pelo equilíbrio entre consumidores e fornecedores. Nem tampouco se pode reconhecer a proteção dos interesses de conteúdo patrimonial do consumidor, em que pesem a *prima facie*.

As normas de proteção do consumidor têm por finalidade a tutela de toda e qualquer situação de fato em que se reconheça o desequilíbrio

o produto ou do serviço, a expressão “*responsabilidade pelo fato*”, a lembrar a responsabilidade em destaque mais o instrumento a violação do dever dos que sustentam que a *ante de consumo*, considerando o dano, mas a localização da expressão a utilização da expressão doutrina para justificar os eventos danosos decorrentes a nos referir à designação do legislador.

em consideração a uma não se restringe, portanto, as prestações de consumo e o endereço apenas aos estes os que se manifestam, pelo direito, de entre os consumidores e

1- Instituto da decadência: não se trata de ação redibitória por vício, o autor pleiteia a reparação dos danos experimentados em função do artigo 26, mas sim o artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor (cinco) anos para interpor a ação de indenização. 2- Responsabilidade compete ao transportador conduzir o passageiro são e salvo até o destino. 3- Tratamento odontológico: levando em conta que, em virtude da queda, o autor sofreu lesões na arcada dentária, faz jus ao valor atinente ao tratamento reparatório. 4- danos morais: vai mantida a indenização fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), por estar condizente com a intensidade das lesões sofridas e com a equação: função indenizatória. 5- Abatimento do seguro DPVAT no “*quantum*” indenizatório: demonstrar que o autor recebeu o seguro DPVAT, razão por que não há indenização. Agravo retido e apelo desprovidos” (TJRS, ApCiv 710.12.2009, rel. Umberto Guaspari Sudbrack).

36. BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e *et alli*. *Comentários de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 43.

37. Neste sentido observa: SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no código de proteção do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 100.

roduto, na qual o consumidor paga. No caso em pauta, a queda, não sendo aplicável à responsabilidade objetiva do transportador: o transporte incólume do passageiro, o réu não logrou êxito em obter o abatimento do valor de R\$ 2580136, 12.ª Câmara de

do Código de Proteção do Consumidor e a responsabilidade civil no código de

fornecedores, na relação de consumo ou mesmo fora dela, como – por exemplo – através do conceito legal de consumidor equiparado. Neste caso, a qualidade de consumidor é atribuída pela norma a determinadas pessoas, relativamente aos efeitos que ela própria reconhece. Assim o artigo 17 do CDC, que equipara a consumidor todas as vítimas de fato do produto ou do serviço (artigos 12 a 14),³⁸ para os efeitos da responsabilidade civil imputada ao fornecedor.

A proteção indicada ao consumidor pelo CDC, neste sentido, abarca tanto a esfera de *interesses patrimoniais*, relativos ao objeto imediato do contrato de consumo (o produto ou serviço adquirido), ou quaisquer danos apreciáveis economicamente,³⁹ quanto *interesses extrapatrimoniais*, que não tendo relação necessária com a aquisição de produto ou serviço, poderão ser ofendidos pela conduta ilícita do fornecedor.

O Código de Defesa do Consumidor reconhece através de uma série de dispositivos, estes interesses extrapatrimoniais. Tratam-se neste sentido, de interesses cuja tutela em direito privado se consigna através dos direitos da personalidade, podendo mesmo se identificar os direitos violados segundo o mesmo critério do direito civil, quais sejam: os *direitos de integridade física* e os *direitos de integridade moral*.⁴⁰

O dever de segurança do fornecedor, estabelecido no artigo 8.º do CDC, expressa a proteção integral dos interesses legítimos do consumidor no mercado de consumo, estabele-

38. "Processual civil. Ação civil pública. Explosão de loja de fogos de artifício. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa da procuradoria de assistência judiciária. Responsabilidade pelo fato do produto. Vítimas do evento. Equiparação a consumidores. I – Procuradoria de assistência judiciária têm legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5.º, XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao 'Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor'. II – Em consonância com o artigo 17 do CDC, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade de vício de qualidade por insegurança. Recurso especial não conhecido" (STJ, 3.ª T, REsp 181.580/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 09.12.2003, DJU 22.03.2004, p. 292).

39. Daí porque, na distinção realizada pela jurisprudência entre a falha que afeta exclusivamente o interesse patrimonial do consumidor e aquela que afeta sua integridade. Neste sentido, veja-se como decide o STJ: "*Código de Defesa do Consumidor. Compra de veículo novo com defeito. Incidência do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor. Indenização por danos materiais e morais. Precedentes da Corte*. 1. Comprado veículo novo com defeito, aplica-se o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor e não os artigos 12 e 13 do mesmo Código, na linha de precedentes da Corte. Em tal cenário, não há falar em ilegitimidade passiva do fornecedor. 2. Afastada a ilegitimidade passiva e considerando que as instâncias ordinárias reconheceram a existência dos danos, é possível passar ao julgamento do mérito, estando a causa madura. 3. A indenização por danos materiais nos casos do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor esgota-se nas modalidades do respectivo § 1.º. 4. Se a descrição dos fatos para justificar o pedido de danos morais está no âmbito de dissabores, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade, o dano moral não é pertinente. 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte" (STJ, REsp 554.876/RJ, 3.ª T., j. 17.02.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 03.05.2004, p. 159).

40. MIRAGEM, Bruno. *Direitos da personalidade e os direitos do consumidor*, p. 40-76.

cendo nítida eficácia do princípio da proteção da confiança legítima – ou entre nós do princípio da boa-fé.⁴¹

Neste sentido, a identificação da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço não prescinde da localização no caso, da existência do defeito, como característica elementar da violação do dever de segurança. Observe-se que o fornecedor responde por todos os riscos da atividade de fornecimento de produtos ou serviços, mas apenas em relação aquelas nas quais resta demonstrada a existência de um defeito, espécie mencionada nos artigos 12 e 14 do CDC, que inclusive relaciona seus traços principais. Entretanto, ainda que estejam relacionados no CDC os traços principais do que se deva considerar como defeito (“Artigo 12, (...) § 1.º. O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação”), sua definição jurídica é realizada por intermédio de conceito jurídico indeterminado, ou seja, de conceito cuja precisão de significado, dentre os diversos possíveis, é determinada pelo intérprete por ocasião da aplicação da norma ao caso concreto. Daí porque a doutrina vem desenvolvendo sensível trabalho de identificação sobre quais os defeitos admitidos como determinantes do efeito de responsabilidade, à luz das disposições do CDC.⁴²

Por fim, cumpre ainda mencionar a dificuldade havida com relação ao fundamento da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço no direito brasileiro. Como já referimos, o CDC é resultado da influência da experiência jurídica de diferentes ordenamentos jurídicos, em especial, do direito norte-americano e do direito europeu. Neste sentido, enquanto no direito norte-americano partiu-se do sistema das garantias implícitas (*implied warranties*)⁴³ para alcançar-se a responsabilidade objetiva, do sistema da diretiva europeia incorporou-se no direito brasileiro a noção de *defeito do produto* (ainda que, no caso europeu, não tratasse de serviços), e a conveniência de imputar-se a responsabilidade objetiva com vista a chamar o fabricante para arcar com os ônus dos riscos causados por sua atividade.⁴⁴

Daí surgirá o que a doutrina denomina no direito do consumidor brasileiro como *teoria da qualidade*,⁴⁵ pela qual é inerente aos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo (e não apenas aos contratos que os negociam, como seria o caso das garantias implícitas reconhecidas no direito norte-americano), que atendam a um dever de qualidade imposto aos fornecedores, de garantir a sua segurança.

O sistema do CDC, todavia, agrega a este dever de qualidade o conceito de defeito, imputando, em matéria de fato do produto, primeiro a alguns (fabricante, produtor, construtor, importador) e apenas em caráter subsidiário a outros fornecedores (comerciantes), a responsabilidade em decorrência da violação do dever. Já no que se refere ao fato do serviço, a existência do defeito será imputável, indistintamente, de modo solidário, a todos os sujeitos da cadeia de fornecimento.

41. CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 642; SANSEVERINO. *Responsabilidade civil...*, p. 116.

42. Neste sentido, veja-se a enumeração de: SANSEVERINO. *Responsabilidade civil...*, p. 133 et seq. No mesmo sentido, veja-se, adiante, nossa classificação, no item 3.2.3.4, desta Parte III.

43. BORGHETTI, Jean-Sébastien. *La responsabilité du fait des produits*. Étude de droit comparé. Paris: LGDJ, 2004, p. 27.

44. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1.037.

45. BENJAMIN. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor...*, 1991, p. 45.

3.2.3 Requisitos

Os requisitos ou pressupostos essenciais do sistema tradicional da responsabilidade civil não são totalmente afastados do sistema da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Neste sentido, os pressupostos lógico-jurídicos da responsabilidade mantêm-se exigíveis em qualquer dos sistemas de atribuição de responsabilidade: conduta, dano e nexo de causalidade entre ambos.

Distingue a responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, da responsabilidade civil geral, em primeiro lugar, a não exigência de culpa como elemento integrante do suporte fático da norma que determina a eficácia de responsabilidade. Isto significa que não há necessidade de provar-se a culpa do fornecedor, uma vez que a norma de regência da responsabilidade determina que esta será atribuída “independentemente de culpa”. Neste ponto, afasta-se do regime tradicional da responsabilidade civil, no qual a culpa é requisito essencial para imputação da responsabilidade, conforme estabelece a regra do artigo 186 do CC (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”). O mesmo se confirma quando se trate de serviços públicos sob a égide do CDC – caso dos serviços públicos *uti singuli* – hipótese em que o regime de responsabilidade objetiva do CDC converge com o sistema de responsabilidade previsto no artigo 37, § 6.º, da CF.⁴⁶

46. Assim confirma o STJ, em decisão sobre a responsabilidade da Empresa de Correios e Telégrafos em caso envolvendo o descumprimento do prazo para entrega de correspondência expressa (Sedex) contendo peça de recurso enviado por advogado ao Tribunal, em razão do qual o profissional teve o recurso julgado intempestivo: “Responsabilidade civil. Recurso especial. Advogado que contrata serviços dos correios para envio de petição recursal. Sedex normal. Contrato que garantia a chegada da petição ao destinatário em determinado tempo. Não cumprimento. Perda do prazo recursal. Responsabilidade civil dos correios para com os usuários. Relação de consumo. Dano moral configurado. Dano material não provado. Teoria da perda de uma chance. Não aplicação no caso concreto. 1. A controvérsia consiste em saber se o advogado que teve recurso por ele subscrito considerado intempestivo, em razão da entrega tardia de sua petição pelos Correios ao Tribunal *ad quem*, pode pleitear indenização por danos materiais e morais contra a mencionada empresa pública. É certo também que a moldura fática delimitada demonstra a contratação de serviço postal que, entre Capitais, garantia a chegada de correspondência até o próximo dia útil ao da postagem (Sedex normal). 2. As empresas públicas prestadoras de serviços públicos submetem-se ao regime de responsabilidade civil objetiva, previsto no art. 14 do CDC, de modo que a responsabilidade civil objetiva pelo risco administrativo, prevista no art. 37, § 6.º, da CF/88, é confirmada e reforçada com a celebração de contrato de consumo, do qual emergem deveres próprios do microsistema erigido pela Lei n. 8.078/90. No caso, a contratação dos serviços postais oferecidos pelos Correios revela a existência de contrato de consumo, mesmo que tenha sido celebrado entre a mencionada empresa pública e um advogado, para fins de envio de suas petições ao Poder Judiciário. 3. Não se confunde a responsabilidade do advogado, no cumprimento dos prazos processuais, com a dos Correios, no cumprimento dos contratos de prestação de serviço postal. A responsabilidade do advogado pela protocolização de recurso no prazo é de natureza endoprocessual, que gera consequências para o processo, de modo que a não apresentação de recursos no prazo tem consequências próprias, em face das quais não se pode, certamente, arguir a falha na prestação de serviços pelos Correios. Porém, essa responsabilidade processual do causídico não afasta a responsabilidade de natureza contratual dos Correios pelos danos eventualmente causados pela falha do serviço, de modo que, fora do processo, o advogado – como qualquer consumidor – pode discutir o vício do serviço por ele contratado, e ambas as responsabilidades convivem: a do advogado, que se limita às consequências internas ao processo, e a dos Correios, que decorre do descumprimento do contrato e da prestação de um ser-

Por outro lado, ao tempo em que afasta a exigência da culpa, a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço acresce novo requisito para imputação da responsabilidade, o defeito. Sobre o conceito de defeito, em geral é estabelecido a partir da sua distinção do conceito de vício. O regime dos vícios, conhecido do direito comum como hipótese de redibição do contrato ou de abatimento do preço da coisa (pretensão *quantum minoris*), os denominados vícios redibitórios, indica sempre uma falta de adequação dos fins a serem obtidos com o uso ou fruição regular da coisa. No caso dos *defeitos*, muitos autores identificam nestes uma diferença de gradação, de intensidade, com relação aos denominados *vícios redibitórios*. Segundo este entendimento, os defeitos do produto ou serviço seriam espécies de imperfeições mais graves, porquanto seriam capazes de causar danos à saúde ou à segurança do consumidor.⁴⁷

Por outro lado, sustenta-se que a distinção entre *vício* e *defeito* é, antes, uma questão de critério. No caso do vício, a *violação do dever de adequação*. Em se tratando de defeito, a *violação do dever de segurança*, o que não há de significar jamais o dever de oferecer segurança absoluta, mas sim a segurança que legitimamente se possa esperar do produto ou do serviço.⁴⁸

Nesta circunstância deverá estabelecer-se um critério de valoração, do que legitimamente poderia se esperar, ou seja, quais características devem ter o produto ou serviço para dar causa ao nível de segurança razoavelmente admitido. O caráter defeituoso do produto ou serviço, portanto, depende de uma valoração, cuja tarefa será do juiz.⁴⁹

Diverge a doutrina sobre quais seriam os pressupostos ou requisitos da responsabilidade civil em geral (no direito comum). No direito português, por exemplo, há os que, como Antunes Varela, identificam até cinco requisitos, quais sejam: a) o fato (*incontrolável pela vontade do homem*); b) a *ilicitude*; c) a *imputação do fato ao lesante*; d) o *dano*; e) o *nexo de causalidade entre*

viço defeituoso. Assim, muito embora não se possa opor a culpa dos Correios para efeitos processuais da perda do prazo, extraprocessualmente a empresa responde pela falha do serviço prestado como qualquer outra. 4. Descabe, no caso, a condenação dos Correios por danos materiais, porquanto não comprovada sua ocorrência. Também não estão presentes as exigências para o reconhecimento da responsabilidade civil pela perda de uma chance, uma vez que as alegações de danos experimentados pelo autor se revelam extremamente fluidas. Existia somente uma remota expectativa e improvável possibilidade de seu cliente se sagrar vitorioso na demanda trabalhista, tendo em vista que o recurso cujo prazo não foi cumprido eram embargos de declaração em recurso de revista no Tribunal Superior do Trabalho, circunstância que revela a exígua chance de êxito na demanda pretérita. 5. Porém, quanto aos danos morais, colhe êxito a pretensão. É de cursivo conhecimento, no ambiente forense e acadêmico, que a perda de prazo recursal é exemplo clássico de advocacia relapsa e desidiosa, de modo que a publicação na imprensa oficial de um julgamento em que foi reconhecida a intempestividade de recurso é acontecimento apto a denegrir a imagem de um advogado diligente, com potencial perda de clientela e de credibilidade. É natural presumir que eventos dessa natureza sejam capazes de abalar a honra subjetiva (apreço por si próprio) e a objetiva (imagem social cultivada por terceiros) de um advogado, razão suficiente para reconhecer a ocorrência de um dano moral indenizável. 6. Condenação por dano moral arbitrada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). 7. Recurso especial parcialmente provido" (STJ, REsp 1.210.732/SC, 4.ª T., j. 02.10.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.03.2013).

47. MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. Os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 1993. p. 109-110.

48. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: RT, 1992. p. 93.

49. ROCHA. *Responsabilidade civil do fornecedor...*, p. 95. SANSEVERINO. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 118.

o fato e o dano.⁵⁰ Por outro lado, autores como Fernando Pessoa Jorge, preferem restringir tais pressupostos a apenas dois, *ato ilícito e prejuízos reparáveis*, incorporando as demais exigências para imputação da responsabilidade no interior de um dos dois conceitos.⁵¹

Em direito brasileiro, José de Aguiar Dias relaciona, no esteio da lição de Pontes de Miranda, elementos objetivos e subjetivos como requisitos da responsabilidade civil. Neste sentido refere: "São requisitos da primeira categoria o ato contra jus, *sans droit*, isto é, praticado de maneira ilícita, contra direito; o resultado danoso; a relação causal entre o ato e o dano. São requisitos subjetivos: a imputabilidade do agente e que tenha agido com culpa".⁵² Caio Mário da Silva Pereira elege como pressupostos da responsabilidade civil subjetiva — regra no direito comum — o *dano*, a *culpa do ofensor* e o *nexo de causalidade* entre o dano e a culpa.⁵³

A responsabilidade civil de consumo, como já se afirmou, segue a tendência de uma socialização de riscos, cuja consequência básica é a imputação de responsabilidade objetiva, ou seja, na qual a conduta identificada como passível de ser imputada como responsável não há de ser caracterizada necessariamente como negligente, imprudente, ou mesmo dolosa. Bastará, neste sentido, a demonstração da realização da conduta própria de ter colocado o produto no mercado ou de algum modo ter participado da cadeia de fornecimento do produto em alguma das posições indicadas nas disposições do CDC (fabricante, produtor, construtor, importador, e.g.), e ainda que este produto seja defeituoso, para que estejam preenchidos os pressupostos fáticos concernentes à conduta como elemento da relação de responsabilidade civil de consumo.

Por outro lado, não basta a mera colocação do produto no mercado, ou a prestação de um determinado serviço. Também é impositivo, para imputação da responsabilidade, que haja a exata identificação do nexo de causalidade entre o dano causado ao consumidor e aquela dada conduta do fornecedor de oferecimento do produto ou serviço no mercado. Em outros termos, a responsabilidade do fornecedor só se produz na medida em que um determinado dano produzido ao consumidor pode ser vinculado por relação lógica de causa e efeito a certa conduta deste fornecedor no mercado de consumo. Este elo só vai se produzir com a existência de um defeito, ou seja, uma falha no processo econômico que abrange desde a concepção do produto ou serviço até sua disposição e utilização pelo consumidor, com o comprometimento da segurança que legitimamente dele se espera.

O próprio CDC define defeito, ao referir que se considera defeituoso o produto ou serviço que não oferece a segurança que legitimamente dele se espera. Protege-se, no caso, uma expectativa legítima de segurança dos consumidores em relação aos produtos e serviços oferecidos no mercado, o que se traduz, em um primeiro exame, pela razoável expectativa de que os mesmos não causem danos em razão da sua regular utilização ou consumo. Por outro lado, esta proteção à segurança também vai abranger não apenas a concepção do produto em si, suas características ou qualidades intrínsecas, mas igualmente o modo como se dá o processo de fornecimento do mesmo no mercado de consumo. A forma do seu oferecimento ao consumidor, as informações prestadas, eventuais controles na sua comercialização podem ser condutas exigíveis como devidas e variáveis quanto ao seu conteúdo, conforme seja a espécie de produto ou serviço em questão. Na definição destes *standards* com relação à segurança do produto ou

50. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*, 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, p. 526.

51. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, p. 55-56.

52. AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 139.

53. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 35.

serviço, ou ainda no modo do seu fornecimento ao mercado é que se situa a definição conceitual do que seja defeito e a classificação de suas espécies no direito comparado e no direito brasileiro. Note-se, neste sentido, que o defeito é elemento inafastável da relação de responsabilidade por fato do produto ou do serviço, razão pela qual não se pode falar desta modalidade de responsabilidade sem expressa referência a este seu elemento constitutivo.

Assim, aos requisitos tradicionais da responsabilidade civil – *conduta*, *nexo de causalidade* e *dano* – agrega-se à responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço o *defeito*. Não se descure que parte da doutrina sobre o tema relaciona um quinto pressuposto: o denominado *nexo de imputação*. Segundo tal entendimento, o nexo de imputação se estabelece pela verificação de um dano na esfera jurídica alheia através da constituição de uma obrigação de indenizar. Neste sentido, sustenta-se que na responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, a atribuição do dever de indenizar deveria recair a princípio apenas em relação aos responsáveis diretos pela criação dos produtos ou serviços defeituosos ou por sua colocação no mercado. Entretanto, com vista a permitir uma maior proteção das vítimas do evento danoso, o CDC vai determinar que todos os que tenham intervindo de qualquer modo no tráfego daquele produto ou serviço no mercado de consumo serão considerados fornecedores e, como tais, respondem solidariamente pela obrigação de indenizar o consumidor, independente da sua contribuição efetiva para existência do defeito e, conseqüentemente, para causação do dano.

Daí porque, para efeitos de sistematização dos elementos da responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, entendemos por reconhecer quatro requisitos essenciais para sua identificação: a) *conduta*; b) *dano*; c) *nexo de causalidade*; e d) *defeito*. Cumpre aprofundar o exame de cada um destes requisitos.

3.2.3.1 *Conduta*

Ainda que muitos especialistas no tema específico da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço desconsiderem a conduta como requisito autônomo para o estabelecimento da relação jurídica prevista no CDC,⁵⁴ preferimos seguir o traço típico da relação de responsabilidade, investigando e definindo como imputável uma determinada conduta, que no caso da responsabilidade civil de consumo, será sempre uma conduta do fornecedor.

Em regra, aliás, em uma relação de responsabilidade civil, seja qual for sua natureza, o que se objetiva basicamente é a imputação de uma determinada conduta ou atividade. Assim, no regime geral da responsabilidade civil, não se prescinde que esta venha a emergir de um fato positivo ou ação, que viola dever jurídico em relação a outra pessoa, ou ainda de uma omissão que possa ocasionar danos.⁵⁵ Considera-se, da mesma forma, no sistema da responsabilidade tradicional (subjéctiva) que este fato seja “um fato dominável ou controlável pela vontade, um comportamento ou uma forma de conduta humana – pois só quanto a fatos desta índole têm

54. Referimo-nos aqui, muito especialmente, ao excelente estudo de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, que prefere, ao eleger os requisitos da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, sistematizá-los em: a) defeito; b) imputação; c) dano; d) nexo causal. Trabalha neste sentido, com o pressuposto do nexo da imputação, da doutrina portuguesa (ANTUNES VARELA, entre outros), e discute neste âmbito “o vínculo que se estabelece entre o produto e o serviço e a atividade desenvolvida pelo fornecedor para atribuição do dever de indenizar os danos sofridos pelo consumidor prejudicado”. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor e defesa do fornecedor*, p. 112-113.

55. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 511.

cabimento a noção de ilicitude, o requisito da culpa e a obrigação de reparar o dano nos termos em que a lei impõe”.⁵⁶

Refere o artigo 12 do CDC: “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”.

Por outro lado, note-se que dentre as causas de exclusão da responsabilidade dos fornecedores mencionados no *caput* do artigo 12, refere o § 3.º, I, da mesma disposição: “O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado (...)”.

A conduta que se reclama do fornecedor é sua participação na colocação do produto ou serviço no mercado, em qualquer das fases em que esta tenha se desenvolvido. Neste sentido, a conduta se caracteriza pela participação do fornecedor no processo de produção e disposição deste produto ou serviço no mercado.

Daí porque o regime de responsabilidade previsto pelo CDC é abrangente de todos os agentes econômicos integrantes da cadeia de fornecimento. Neste sentido, distinguirá a doutrina entre diferentes classes de responsáveis, dentre os diversos agentes econômicos mencionados nos artigos 12 e 13 do CDC (fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, o importador e o comerciante), quais sejam: *responsáveis reais*, *responsáveis presumidos* e *responsáveis aparentes*.⁵⁷ Os primeiros, responsáveis reais, são os fornecedores que efetivamente participaram do processo de produção do produto, e nessa condição deram causa ao defeito que a seguir determinará a realização do evento danoso. Neste rol se encontram, a princípio, o fabricante, o produtor ou o construtor. O responsável presumido é o importador, de quem se presumiria a condição de causador do defeito ao introduzir no mercado nacional produto estrangeiro que vem a dar origem a evento danoso no Brasil. Neste sentido, note-se que não é unânime a doutrina que identifica esta responsabilidade como espécie de presunção legal, observando, por exemplo, Zelmo Denari, de que a hipótese, no caso, seria de ficção legal, uma vez que reconhecidamente falsa.⁵⁸ Entendemos, todavia, não se tratar nem de uma coisa, nem de outra, mas de autêntica *imputação por risco negocial*, no âmbito do mercado de consumo. E como *responsáveis aparentes* os comerciantes, cuja responsabilidade estabelecida no artigo 13 do CDC, é subsidiária, uma vez que lhe deverá ser imputada a obrigação de indenizar apenas quando: “I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador”. Ou ainda, em hipótese de responsabilidade direta, quando “não conservar adequadamente os produtos perecíveis”. Nesta última situação, a hipótese de responsabilidade, de modo autêntico, é responsabilidade por fato próprio, uma vez que se percebe a causa determinante de um dano causado ao consumidor na ausência de conservação adequada dos produtos perecíveis.

Insiste-se, pois, que não se reclama na conduta do fornecedor, como pressuposto da responsabilização, a existência de culpa, entendida esta como a falta a um dever de cuidado ou

56. ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral*, p. 527.

57. CALVÃO DA SILVA. *Responsabilidade civil do produtor...*, p. 551; ROCHA. *Responsabilidade civil do fornecedor...*, p. 73 et seq.; SANSEVERINO. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 158 et seq.

58. DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 182.

cautela, ou ainda a falta a um dever de prudência, na realização de um determinado comportamento. O que se perquire é sobre sua atuação no mercado de consumo, ou seja, se colocou ou não o produto ou serviço no mercado de consumo, exigindo-se neste caso, para efeito de responsabilização, que a resposta seja afirmativa.

Por outro lado, em apenas uma situação o CDC mantém a exigência da culpa como pressuposto da responsabilização civil nas relações de consumo: quando na posição de fornecedor se encontre um profissional liberal. Refere o artigo 14, § 4.º, do CDC: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. O fundamento desta disposição reside que em tais situações o profissional liberal ao realizar um serviço objeto de relação de consumo (artigo 14), o faria em situação de maior pessoalidade do que a do oferecimento massificado e despersonalizado de produtos e serviços. Neste sentido, considerando a preponderância do elemento humano e de especialidade técnica nesta prestação de serviço, seria desproporcional a imputação de responsabilidade independente da avaliação da culpa.

3.2.3.2 *Defeito*

O conceito de defeito é o conceito-chave para o conceito de responsabilidade pelo-fato do produto ou do serviço no regime do CDC. Exige-se no sistema do CDC, por expressa influência do direito europeu sobre o tema, a existência de defeito para que se possa indicar a imputação de responsabilidade civil ao fornecedor pelos danos causados em razão de acidentes de consumo. Em matéria de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, não há se falar em imputação do dever de indenizar sem a demonstração do defeito, que por isso, aparece como pressuposto específico do regime de responsabilidade civil estabelecido pelo CDC.

A questão que se apresenta, todavia, diz respeito à correta conceituação jurídica de defeito e sua extensão. Na Diretiva europeia sobre responsabilidade civil pelo fato do produto, de 1985, a imputação do dever de indenizar subordina-se a identificação do defeito, conforme vislumbra-se do seu artigo 1.º: “O produtor é responsável pelo dano causado por um defeito do seu produto”. Por outro lado, no que diz respeito ao que se deva considerar como produto defeituoso, o artigo 6.º da mesma Diretiva refere: “Um produto é defeituoso quando não oferece a segurança que se pode legitimamente esperar, tendo em conta todas as circunstâncias, tais como: a) a apresentação do produto; b) a utilização do produto que se pode razoavelmente esperar; c) O momento de entrada em circulação do produto. 2. Um produto não será considerado defeituoso pelo simples facto de ser posteriormente colocado em circulação um produto mais aperfeiçoado”.

Como se percebe, o direito brasileiro inspirou-se nesta parte no direito europeu, fazendo constar no artigo 12, § 1.º, do CDC brasileiro: “(...) § 1.º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – sua apresentação; II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi colocado em circulação”. Igualmente, o mesmo pressuposto estendeu-se à responsabilidade pelo fato do serviço, cuja regulamentação, ainda hoje encontra-se pendente no direito europeu⁵⁹ (embora a Diretiva 2001/95/CE inclua na abrangência da responsabilidade por produtos defeituosos, ou utilizados na prestação de serviço),⁶⁰ mas que no CDC brasileiro foi prevista no artigo 14, § 1.º, nos seguintes termos: “O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em

59. ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*, p. 418-422.

60. *Idem*, p. 416-417.

consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido”.

Esta falha do dever de segurança, ou seja, de oferecer a segurança legitimamente esperada de produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, considera-se defeito. Em muitas oportunidades, confundem-se, em direito do consumidor, os conceitos de vício e defeito. Não há razão para tanto. Dentre as principais distinções entre os conceitos de vício e defeito, podemos indicar o interesse jurídico protegido, a necessidade ou não da existência de vínculo contratual, e os efeitos da sua identificação.⁶¹

O defeito, como pressuposto da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, é uma falha do atendimento do dever de segurança imputado aos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo. Difere dos vícios, que representam a falha a um dever de adequação, que se dá quando o produto ou o serviço não servem à finalidade que legitimamente deles são esperados, pelo comprometimento da sua qualidade ou da quantidade.

Por outro lado, é intuitivo, sobretudo em face do que estabelecem os artigos 12, 14 e 17 do CDC, que em matéria de falha ao dever de segurança, ou seja, do defeito, não há necessidade de que haja qualquer espécie de vínculo contratual antecedente para que se caracterize a responsabilidade do fornecedor. Em outros termos, pouco importa que com relação à eventual vítima de danos do produto ou serviço defeituoso, exista relação contratual direta ou indireta antecedente com o fornecedor. Basta a caracterização do defeito e a demonstração de sua relação de causa e efeito com o dano sofrido para que disso se origine hipótese de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço.

A legislação estabelece (artigos 12, § 1.º, I a III, e 14, § 1.º, I a III, do CDC), critérios para determinação do caráter defeituoso de um produto ou serviço. Com base nestes critérios, a doutrina brasileira,⁶² a par da contribuição do direito comparado, que refere a existência de *manufacturing defects*, *design defects* ou *warning defects*,⁶³ vem sistematizando os defeitos dos produtos basicamente nos seguintes: a) defeitos de projeto ou concepção; b) defeitos de execução, produção ou fabricação; c) defeitos de informação ou comercialização. Segundo assinala José Reinaldo de Lima Lopes, está tipologia é aceita em diversos sistemas (ainda que não com as mesmas e exatas expressões), como Itália, França, Alemanha e Estados Unidos.⁶⁴

3.2.3.2.1 Defeitos de projeto ou concepção

Na legislação estrangeira, são os denominados: *design defects*, *diffeti de progettazione*, *Konstruktionsfehler* ou *défauts de conception*. Os defeitos de projeto ou concepção são aqueles

61. SANSEVERINO. *Responsabilidade civil no código do consumidor*..., p. 155.

62. Neste sentido, adotando critérios semelhantes, com ligeiras variações no que se refere à terminologia empregada na denominação dos defeitos, veja-se: BENJAMIN, Antônio H. *Comentários ao Código de proteção*..., 1991, p. 61; LEÄES, Luis Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 158; LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante*..., p. 29; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor*..., p. 133; DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*... 8. ed., p. 183-184; MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato*..., p. 111; ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor*..., p. 99.

63. CHRISTIE/MEEKS/PRYOR/SANDERS. *Cases and materials on the law of torts*. Saint Paul: West Publishing Co., 1997. p. 624 et seq.

64. LIMA LOPES. *Responsabilidade civil do fabricante*..., p. 61.

em que se identifica falha no dever de segurança no momento de concepção ou de elaboração do projeto ou da fórmula de um determinado produto. São expressamente reconhecidos pelo artigo 12, *caput*, do CDC, ao fazer referência aos defeitos decorrentes de projetos ou fórmulas. Tais defeitos afetam a característica geral do produto, em vista da falha que pode decorrer desde a escolha inadequada de matérias-primas que coloquem o consumidor em perigo, ou a escolha de um *design* inadequado do produto, que termine por colocar o consumidor em perigo, vindo a causar-lhe danos.⁶⁵ A definição do que se deva reconhecer nestes casos como um risco ou perigo admissível ou inadmissível – nesta última hipótese caracterizado o defeito – deverá realizar-se em face de *standards* determinados em vista do objetivo essencial de evitarem-se riscos à saúde e à segurança dos consumidores.⁶⁶

A dificuldade, neste caso, situa-se na precisão destes *standards* para aferição do cumprimento ou não do dever de segurança pelo fornecedor. Neste caso, um critério adequado é observar-se que, para caracterizar-se como defeito de concepção ou projeto, a falha deva alcançar toda uma série de produtos, devendo-se ser possível identificá-lo de acordo com o estágio atual do conhecimento científico e tecnológico.

Envolve ainda a caracterização do defeito de projeto ou concepção, não apenas a escolha de matérias-primas aptas a causação de danos à saúde e à segurança, quanto seu emprego inadequado,⁶⁷ assim como nas situações em que se observe o planejamento equívoco do acionamento de diferentes itens de um mesmo produto (por exemplo, a relação de coordenação entre o sistema de freios, a identificação da colisão e o acionamento dos *air-bags* de um automóvel).

Do mesmo modo a comparação entre eventual efeito do produto ou serviço e os *standards* de garantia da saúde e segurança do consumidor, para que se identifique ou não este resultado como espécie de defeito, não pode perder de vista o critério estabelecido no próprio CDC, qual seja, de que são defeituosos os produtos ou serviços que não oferecem a segurança que legitimamente deles se esperam. É a proteção desta expectativa legítima que deve ser levada em consideração em todos os casos, razão pela qual, também poderá se considerar defeituoso o medicamento que a par de possuir determinados efeitos terapêuticos, possui efeitos colaterais tão ou mais nocivos à saúde do consumidor, do que a moléstia que ele busca combater (exemplo conhecido no Brasil é o da talidomida, cujo uso em pacientes grávidas, para minorar efeitos de indisposição, deu causa a deformações físicas da criança).

3.2.3.2 Defeitos de execução, produção ou fabricação

Os defeitos de execução, produção ou fabricação, são aqueles que se apresentam como falhas do dever de segurança durante o processo de realização/prestação de um determinado serviço, ou de produção ou fabricação de um determinado produto. Em geral, consideram-se

65. “Código de Defesa do Consumidor. Lata de tomate Arisco. Dano na abertura da lata. Responsabilidade civil da fabricante. O fabricante de massa de tomate que coloca no mercado produto acondicionado em latas cuja abertura requer certos cuidados, sob pena de risco à saúde do consumidor, e sem prestar a devida informação, deve indenizar os danos materiais e morais daí resultantes. Rejeitada a denúncia da lide à fabricante da lata por falta de prova. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 237.964/SP, 4.ª T., j. 16.12.1999, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 08.03.2000, p. 127).

66. MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: RT, 1993, p. 113.

67. DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 184.

inevitáveis, porquanto intrínsecos aos riscos da atividade econômica do fornecedor de produtos e serviços no mercado de consumo.⁶⁸

Tais defeitos, em se tratando da moderna economia de massas, decorre do processo de crescente padronização e automatização da produção de produtos e prestação de serviços. Neste sentido, não são identificados, *a priori*, falhas na concepção do produto ou serviço, mas sim, quando no instante da prestação do serviço ou da fabricação do produto, falhas inerentes ao processo produtivo, decorrentes de erros de pessoas envolvidas na atividade,⁶⁹ ou das máquinas e equipamentos empregados, determinam o defeito que atinge a saúde ou a segurança do consumidor.

Muitos autores buscam estabelecer uma distinção quantitativa entre os defeitos de execução, fabricação ou produção e os defeitos de concepção ou projeto, afirmando que na primeira hipótese, o defeito se apresentaria em poucas oportunidades – dado o caráter eventual do risco de ocorrência da falha –, enquanto no segundo caso, uma vez que se trate de um defeito de concepção, existe um defeito que se deve apresentar em toda uma série de produtos prejudicados pela mesma falta. Este critério de distinção, todavia, não nos parece servir em nada, seja para fins didáticos ou mesmo de definição do conteúdo da responsabilidade no âmbito da ação indenizatória, à precisão do conceito de defeito. Ora, parece evidente que não é o tipo de defeito que vai determinar sua ocorrência em termos quantitativos. Basta considerar que larga quantidade de produtos defeituosos pode surgir tanto em razão de uma falha no projeto deste produto quanto em razão do ajuste de um determinado maquinário do seu processo de fabricação automatizado. E que neste último caso, poderá multiplicar-se indefinidas vezes o número de produtos defeituosos, sem que por isso se deixe de tratar, da mesma forma, de defeitos de fabricação.

É certo, todavia, que a identificação do defeito de execução, fabricação ou produção é relativamente mais fácil do que os defeitos de concepção ou projeto. Isto porque sua identificação pode ser deduzida da comparação entre produtos de uma mesma série, daqueles que se encontram de acordo com as exigências de segurança legitimamente esperadas, e dos que não as cumprem. O que se pode afirmar é que os defeitos de execução, fabricação ou produção não afetam, em regra, a totalidade dos exemplares de um produto ou serviço de uma série. Da mesma forma, todavia, serão *previsíveis*, uma vez que sua ocorrência é esperada dentro da perspectiva de um risco negocial inerente à atividade econômica, sendo possível dele realizar-se, no mais das vezes, cálculo estatístico da sua ocorrência. Por fim, são *inevitáveis*, porquanto integram o risco da atividade de fornecimento de produtos e serviços,⁷⁰ e deste modo não podem ser totalmente eliminados pelo fornecedor.

68. Idem, p. 184; SANSEVERINO. *Responsabilidade no código do consumidor...*, p. 17; MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...*, p. 67. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor...*, p. 100.

69. Assim, por exemplo, o caso de danos decorrentes da queda de torcedor em rampa de acesso ao estádio de futebol, para o que tenha contribuído a superlotação do evento decorrente da venda de ingressos em número superior à capacidade: REsp 1513245/SE, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 10.03.2015, *DJe* 16.03.2015. Não havendo erro, mas cumprimento de faculdade prevista em lei ou regulamento, não se cogita da caracterização do defeito. Assim o caso do banco que promove o cancelamento dos cheques do correntista, em prejuízo do credor que os aceitou em pagamento: STJ, REsp 1324125/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.05.2015, *DJe* 12.06.2015.

70. Assim, por exemplo: “Responsabilidade civil. *Dano moral*. SPC. CPF Documento falso. Estelionato. A empresa vendedora (Ponto Frio) que levou ao SPC o número de CPF do autor, usado pelo estelion-

Cabe o reconhecimento destes defeitos também às hipóteses de responsabilidade pelo fato do serviço, na medida em que se caracterize a existência de um defeito de execução do serviço, como é o caso do transportador aéreo que não leva o passageiro ao seu destino, em face de acidente com a aeronave, a alteração de tensão na rede de energia elétrica que estraga aparelhos eletrônicos, da enfermeira que ministra o medicamento errado⁷¹, ou o cartão de crédito que vem a ser copiado por terceiro e utilizado em prejuízo do consumidor. Nas hipóteses mencionadas assim como no caso do erro de diagnóstico, segundo a jurisprudência dominante, se está a falar de obrigação de resultado, tanto sob a perspectiva da realização da prestação devida, quanto do dever implícito de não causar dano.⁷² Nestes casos e em outros mais, há espécie de defeito de execução do serviço, a teor do que estabelece o artigo 14, § 1.º, do CDC, porquanto o modo como o serviço é fornecido passa a não oferecer a segurança que legitimamente dele se espera.

natário no documento falso com que obteve o financiamento concedido pela vendedora, deve indenizar o dano moral que decorreu do registro indevido do nome do autor no cadastro de inadimplentes, pois o descuido da vendedora foi a causa do fato lesivo que atingiu o autor, terceiro alheio ao negócio. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 404.778/MG, 4.ª T., j. 18.06.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 12.08.2002, p. 222). Da mesma forma, a responsabilidade do shopping center pelo roubo ou furto de automóvel em seu estacionamento, uma vez que “A preservação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor é inerente à atividade comercial desenvolvida por hipermercado e shopping center. Assim, ainda que o ato ilícito tenha ocorrido em estacionamento gratuito em área pública, a responsabilidade do shopping remanesce pelos danos ocorridos no local quando o referido estacionamento é utilizado exclusivamente por seus consumidores”. (STJ, AgRg no AREsp 790.643/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3.ª Turma, j. 15.12.2015, DJe 03.02.2016).

71. “Agravamento regimental no agravo em recurso especial. Responsabilidade civil do hospital por erro cometido por sua enfermeira. Relação de consumo caracterizada. Aplicação do código de defesa do consumidor. Recurso especial. Danos morais. Ocorrência. Agravamento regimental não provido. 1. Aplicação de medicamento equivocado por enfermeira contratada do hospital, ora agravante, e durante a realização de seu trabalho, ocasionando coma e lesões cerebrais irreversíveis no filho dos agravados caracteriza responsabilidade objetiva do hospital. Indenização por dano moral aos pais. 2. “Quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional” (REsp 1.145.728/MG, Relator o Ministro João Otávio De Noronha, DJe de 28.6.2011). 3. “O STJ já decidiu ser irrelevante o fato de a recorrida ser uma entidade sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, se desempenha atividade no mercado mediante remuneração, para que seja considerada prestadora de serviços regida pelo CDC” (AgRg no Ag 1.215.680/MA, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 3/10/2012) 4. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor de sessenta salários mínimos foi estabelecido na instância ordinária, atenta às peculiaridades e gravidade do caso, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 5. Agravamento regimental a que se nega provimento”. (STJ, AgRg no AREsp 152.666/SP, Rel. Min. Raul Araújo, 4.ª Turma, j. 25.11.2014, DJe 19.12.2014).
72. “Responsabilidade civil. Erro de diagnóstico. Exames radiológicos. Danos morais e materiais. I – O diagnóstico inexato fornecido por laboratório radiológico levando a paciente a sofrimento que poderia ter sido evitado, dá direito à indenização. A obrigação da ré é de resultado, de natureza objetiva (artigo 14 c/c o 3.º do CDC). II – Danos materiais devidos, tendo em vista que as despesas efetuadas com os exames posteriores ocorreram em razão do erro cometido no primeiro exame radiológico. III – Valor dos danos morais fixados em 200 salários-mínimos, por se adequar melhor à hipótese dos autos. IV – Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp 594.962/RJ, j. 01.11.2004, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 17.12.2004, p. 534).

3.2.3.2.3 Defeitos de informação ou comercialização

A última classe de defeitos denomina-se *defeitos de informação ou comercialização*. Ou ainda, na doutrina estrangeira, como *Instruktionsfehler*; *difetto de informazione*, *defectos de instrucción* o *de información* ou *défauts d'instruction*.⁷³ Estes defeitos restam expressamente mencionados nos artigos 12 e 14 do CDC como sendo aqueles decorrentes da apresentação ou informações insuficientes ou inadequadas sobre a sua fruição e riscos. Ao mesmo tempo, também a publicidade ou o modo como o produto ou serviço é oferecido ao consumidor pode deixar de fornecer informação ou informar de modo equívoco, fazendo com que, apesar do produto ou serviço não apresentar nenhum defeito inerente, sua característica de defeituosidade resulte da falha ao dever de informar.

Trata-se do que a doutrina em geral menciona como defeito de caráter ou natureza externa,⁷⁴ espécie de defeito extrínseco,⁷⁵ uma vez que a falha ao dever não se apresenta no produto ou serviço em si, mas no modo como este se apresenta. Ou seja, a falha do dever não se dá no âmbito do processo produtivo, senão na fase de oferecimento do produto ou serviço ao consumidor. Neste particular, há um reforço do dever de informar do fornecedor com fundamento no princípio da boa-fé, dando causa a amplo efeito, pelo estabelecimento de deveres de esclarecimento, informação qualificada e eficiente na fase pré-contratual, orientando a decisão de contratar ou não do consumidor. Assim como na fase posterior à contratação, quando o consumidor vier a utilizar o produto ou serviço adquirido, a falta de informação-colaboração, no sentido de promover a adequada satisfação do interesse legítimo do consumidor na contratação realizada.

O defeito de informação neste sentir, apresenta-se como falha ao dever de informar. E este tem origem na proteção do interesse legítimo do consumidor, decorrente de modo mediato do princípio da boa-fé objetiva, e imediatamente do direito subjetivo básico do consumidor à informação, consagrado no artigo 6.º, III do CDC. Portanto, há defeito de informação ou comercialização quando, havendo o dever de informar, em vista da garantia da segurança do consumidor (a segurança legitimamente esperada), este não é cumprido. Trata-se, de uma falha ao dever de informar que se traduz, por consequência, em uma falha no dever de segurança, pois apenas a prestação da informação adequada garantiria a segurança do consumidor naquela situação.

Constituem-se defeitos de informação ou comercialização a ausência de instruções sobre a correta utilização de produtos e serviços, os riscos que estes apresentam, eventuais restrições subjetivas (determinadas pessoas) ou objetivas (determinadas qualidades ou circunstâncias) que estabelecem alterações no modo de uso ou mesmo seu impedimento. Assim, por exemplo, a necessidade de informação sobre a presença em determinado produto, de substância química em relação a qual um determinado grupo de consumidores tenha grave intolerância ou alergia, de modo que o consumo daquele produto causaria sérios prejuízos a sua saúde.

Da mesma maneira, o atendimento ao dever de informar no regime do CDC traduz-se sempre pela prestação de uma *informação eficiente*. Isto implica dizer que não basta para desonerar-se de responsabilidade o fornecedor, formalmente, informar o consumidor, se o modo como tal informação se estabelece não é razoavelmente perceptível ou reconhecível por este. É o caso comum em matéria de consumo, das informações restritivas ou negativas sobre deter-

73. Neste sentido: MARINS, James. *Responsabilidade civil da empresa...*, p. 114.

74. SANSEVERINO. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 139.

75. DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 184.

minado produto ou serviço prestada sem qualquer destaque, de modo clandestino ou oculto ao lado de uma infinidade de outras informações (a *hiperinformação que desinforma*), ou ainda a indicação por intermédio de escritos ilegíveis ou indecifráveis.

Sobre quais informações deveriam considerar-se em relevo, José Reinaldo de Lima Lopes⁷⁶ observou que em matéria de insuficiente informação por parte do produtor, é preciso atentar para aos aspectos da publicidade comercial, em especial no que diz respeito àquelas em que o fornecedor vai camuflando ou mascarando os aspectos perniciosos, assim como o modo como advertências e informações essenciais sobre o produto são apresentadas nestas mesmas peças.

Note-se do mesmo modo, que com relação ao dever de informar vinculado à proteção da integridade do consumidor, é possível identificar no regime legal estabelecido no CDC uma espécie de *dever de informar qualificado* com relação a certos produtos e serviços. Isto porque o artigo 9.º do CDC, ao referir-se aos fornecedores de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança, determinou-lhes expressamente amplo dever de informar, conforme se observa: "O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto".

3.2.3.3 *Nexo de causalidade*

Outro pressuposto que decorre da teoria geral da responsabilidade civil é o *nexo de causalidade*, que deve ser demonstrado cabalmente no processo para que haja a imputação do dever de indenizar. Trata-se o nexo de causalidade do pressuposto lógico que vincula a ocorrência de um determinado dano indenizável a uma dada conduta. Esta relação é antes de tudo, uma relação ontológica, de causa e efeito, estabelecendo-se em regra, por intermédio de dilação probatória.

Contudo, a questão que oferece maiores discussões diz respeito ao modo de identificação do nexo de causalidade. Em outros termos, como o legislador realiza a eleição de certo fato como causa determinante de um dano. Ou mesmo, se apenas um fato deverá ser considerado como causa, ou diversos fatos associados, distribuindo entre os causadores destes fatos a imputação do dever de indenizar. A estas e outras tantas questões que se apresentam, oferece a doutrina civilista uma série de teorias sobre o nexo de causalidade, cada qual elegendo determinado critério para identificação da causa juridicamente relevante para dar efeito a um determinado dano, e com isso imputar o dever de indenizar.

As dificuldades teóricas e práticas de determinação do nexo de causalidade são diversas. Primeiro, a questão de saber-se qual a causa indicar como determinante para o dano. Segundo, na hipótese da multiplicidade de causas (concausas), a possibilidade ou não de eleger uma como determinante para realização do dano. E por fim, as dificuldades práticas que muitas vezes podem existir para a comprovação do nexo causal.

No direito brasileiro, no estejo do desenvolvimento sobre o tema em direito comparado,⁷⁷ são várias as teorias desenvolvidas sobre o tema do nexo de causalidade. Dentre elas, destacam-

76. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante...*, p. 74.

77. Veja-se, para um exame panorâmico: JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos...*, p. 388. No mesmo sentido, os clássicos estudos de MAZEAUD/MAZEAUD/TUNC. *Tratado teórico*

-se, as teorias da equivalência dos antecedentes, da causalidade adequada, e a do dano direto e imediato.⁷⁸

A teoria da *equivalência dos antecedentes*, também denominada teoria da *equivalência das condições* ou da *conditio sine qua non*, parte do pressuposto que, quando houver pluralidade de causas para realização de um determinado dano, todas elas devem ser consideradas como aptas para gerar tal situação. Neste sentido, só poderá ser considerado existente uma relação de causalidade entre uma das causas (concausas) e a consequência, quando sua supressão da cadeia de acontecimentos impedir a realização do resultado final. Em outros termos, parte-se do pressuposto que o dano é resultado do conjunto de circunstâncias, e na hipótese de suprimir alguma delas, ele não teria se realizado.

A crítica que basicamente se faz a esta teoria é o fato de que, considerando a ausência de critérios ou limites que restrinjam as relações de causa e efeito dos diversos fenômenos entre si, poderá conduzir a situações de extensão demasiada da cadeia de acontecimentos aptos a fornecer um critério útil para imputação de responsabilidade, conduzindo a conclusões manifestamente desproporcionais, resultado de uma cadeia causal sem fim.⁷⁹ E foi na tentativa de restringir o alcance da teoria que muitos juristas buscaram limitá-la, adotando a exigência do exame da culpabilidade do agente como critério de indicação do nexo de causalidade. Tal solução, todavia, representa uma confusão entre os pressupostos da conduta – onde se insere a culpabilidade como critério de imputação – e de nexo de causalidade – este meramente vinculado a uma relação fática de causa e efeito. Ainda mais porque tal critério não teria lugar quando se tratando de hipótese de responsabilidade objetiva, como é a regra do CDC – hipótese em que não se cogita da culpa como requisito da imputação.

Outra teoria sobre o nexo de causalidade em nosso sistema é a da chamada *causalidade adequada*, cujo desenvolvimento goza de grande prestígio na doutrina e jurisprudência brasileira. A teoria da causalidade adequada propõe a aptidão de uma causa na promoção de um determinado resultado danoso, justamente em razão de um juízo de probabilidade e possibilidade desta afirmação. Em acordo com esta teoria, quanto maior a probabilidade de que determinada causa tenha dado origem a um dano, mais adequada e, portanto, apta a ser vinculada ao agente como pressuposto da imputação de responsabilidade. Neste sentido, diante de uma pluralidade de concausas, é preciso que se demonstre que uma condição tal que possa produzir regularmente um mesmo resultado. Trata-se de um juízo de probabilidade realizado em abstrato, considerando as condições dadas para realização do dano, e demonstrando a possibilidade de causar este dano. Ou como sugere Agostinho Alvim, questiona-se se a causa em questão é apta a produzir, em condições normais o resultado danoso. Caso contrário, se este resultado só se tenha dado em face de circunstâncias especiais, diz-se que tal causa não será adequada.⁸⁰ Esta, aliás, é a formulação proposta por muitos doutrinadores sobre o método de eleição da causa adequada através de sua formulação negativa. Neste sentido, propõe-se que a eleição da causa

practico de la responsabilidad civil delictual y contractual, t. 4, p. 1-28. Igualmente: HERRERA, Edgardo López. *Teoria general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. p. 200 et seq.

78. Para o exame aprofundado destas teorias, seja consentido remeter a: MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 219 e ss.

79. SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 122.

80. ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, p. 346. No mesmo sentido sustenta Karl Larenz, no direito alemão, para quem a causa não será adequada quando se mostrar estranha ou indiferente à causação de um determinado dano. LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I, p. 200.

adequada se dá pela eliminação, dentre as diversas concausas possíveis, daquelas inadequadas à realização do dano.

A questão que se coloca é como chegar-se ao juízo de adequação da causa para o dano. Dita teoria, bastante prestigiada entre nós, é criticada justamente por conferir ao juiz, por um lado, um excessivo grau de discricionariedade no exame da relação causal e eleição da causa que considere mais adequada. Por outro lado, sustenta-se o caráter superficial da constatação de que a teoria reclama um juízo de probabilidade sobre fatos em abstrato, como se, na realidade da vida estes já não tivessem ocorrido e, logo, o exame judicial não tenha de ser *in concreto*. Tais críticas vêm sendo respondidas pelos defensores da teoria a partir da consideração de que o juízo de adequação – nele determinado um juízo de valoração por parte do juiz – não deve considerar isoladamente o juízo de causalidade, mas todo o processo causal, permitindo inclusive distinguir os prejuízos decorrentes da causa – logo indenizáveis pelo agente – dos decorrentes de outros fatos, afastando-se com relação a estes o dever de indenizar.⁸¹

O certo é que o arbítrio do magistrado não pode ser desconhecido em matéria de responsabilidade civil, na avaliação dos fatos e sua aptidão a produção das consequências lesivas indicadas.⁸² Aliás, muito especialmente em matéria de responsabilidade civil de consumo, o papel do juiz é fundamental em dois momentos, que em termos de cognição judicial podem inclusive não se dar do modo distinto como se propugna em termos teóricos. Primeiro, na verificação da existência do defeito, no qual o exame judicial sobre a existência ou não do caráter defeituoso do produto ou serviço parece não prescindir de uma valoração. Depois, na aptidão do defeito para realização do dano, o que na prática pode levar à conclusão pela existência de defeito, uma vez que exista o dano.

Por fim, uma terceira teoria, do dano direto ou imediato, também conhecida como *teoria da interrupção do nexa causal*, conta igualmente com muitos defensores entre nós.⁸³ Ela nasceu basicamente visando à interpretação do artigo 1.060 do Código Civil brasileiro de 1916, hoje reproduzido no artigo 403 do Código Civil de 2002, mas tem suas raízes em direito comparado, nos estudos do direito francês sobre as distinções sobre dano direto e indireto.⁸⁴ A teoria em

81. CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexa causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 78-79.

82. “Ação de indenização. Dano moral. Explosão de shopping center. Aborto. Denúnciação da lide: preclusão. Cerceamento de defesa: indeferimento de prova. Nexa causal. Valor do dano moral. 1. Não se há de acolher a alegada preclusão da decisão que afastou a denúncia à lide de uma das denúncias, quando a sentença impôs a condenação e o acórdão, provendo a apelação, afastou-a também com apoio no mérito, ou seja, na ausência da obrigação de regresso, por lei ou pelo contrato. 2. O cerceamento de defesa não está presente quando a prova produzida não tem utilidade seja pela impossibilidade diante da restauração do shopping center seja pela identificação da culpa *in eligendo* em decorrência da contratação da denunciada, que a própria recorrente identifica como responsável pelo evento danoso. 3. No caso, o nexa causal está amparado na evidência demonstrada pelo acórdão no sentido de que o aborto seis dias depois do episódio, sem a existência da causa externa outra, presente a autora no local da explosão, com o que não tem pertinência afastá-lo ao argumento de que violados os artigos 131, 332 e 458, II, do CPC. 4. A alteração do valor do dano moral somente é viável quando fixado de forma abusiva ou irrisória. 5. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 617.101/SP, 3.ª T., j. 07.12.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 11.04.2005, p. 293).

83. SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. São Paulo: Saraiva, 1974. p. 129.

84. Notadamente Pothier, ao distinguir entre os danos passíveis ou não de indenização: POTHIER. *Tratado das obrigações*, p. 148 et seq.

questão, frente a suas diversas subdivisões e proposições de diversos estudiosos, logrou êxito ao propor que as expressões “direto” e “imediatamente” propugnadas na legislação, fossem interpretadas em conjunto a partir da ideia de necessariedade, o que impôs a conclusão de que o agente apenas responderia pelas consequências necessariamente advindas da sua conduta.⁸⁵

Da mesma forma, a teoria do dano direto e imediato, também denominada por alguns como da *causalidade necessária*, diz que a causa que servirá de critério para imputação da responsabilidade é aquela que, se não existisse, não existiria o dano. Ou seja, se a cadeia causal de acontecimentos tivesse se rompido, pela interrupção do nexos causal, o dano não teria se efetivado. A aparente vantagem desta teoria é a de permitir um critério um tanto mais preciso de identificação da causa, ainda que não se desconheça – como de resto nas situações de responsabilidade civil – algum grau para a discricão do juiz.

No que se refere à responsabilidade civil de consumo, a teoria do dano direto e imediato responde de modo preciso a questão do defeito como pressuposto do dever de indenizar do fornecedor. Em outros termos, *só há responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço quando houver defeito*, e este for a causa dos danos sofridos pelo consumidor. Pela regra da interrupção do nexos causal, a pergunta correta para imputação do dever de indenizar ao fornecedor será: se não houvesse defeito, haveria dano? A resposta afirmativa, exonera o fornecedor de responsabilidade. A resposta negativa, caracteriza os elementos da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço.

A doutrina brasileira divide-se quanto a teoria adotada entre nós⁸⁶, se da causalidade adequada⁸⁷ e da interrupção do nexos causal (dano direto e imediato).⁸⁸ De qualquer sorte, em perspectiva prática, o critério de interrupção do nexos causal, dada sua utilidade lógica (em face da pergunta: “o dano teria se realizado caso tivesse sido interrompido o nexos causal?”), vem sendo utilizada também dentre os defensores da teoria da causalidade adequada como um critério útil de valoração da causa mais adequada à realização do dano. Tal entendimento vem resultando na aproximação das duas teorias, sobretudo na jurisprudência em que a adoção nominal da causalidade adequada, muitas vezes parece induzir, quanto aos fundamentos da decisão, a adoção do critério da causalidade necessária.⁸⁹

E em matéria de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, é de sustentar-se a relação de necessariedade lógica entre o defeito do produto e do serviço e do dano causado aos consumidores.

Por outro lado, um aspecto prático que não pode ser desconsiderado em matéria de responsabilidade civil de consumo são as dificuldades muitas vezes presentes na realização da

85. CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexos causal...*, p. 100-101.

86. MIRAGEM, Bruno. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 238 e ss.

87. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Responsabilidade civil do médico*. RT, v. 84, n. 718. São Paulo: RT, ago. 1995, p. 33-53; COUTO E SILVA, Clóvis. *Dever de indenizar*. In: FRADERA, Vera (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 195; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 243.

88. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 275; TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexos de causalidade*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, t. II. Rio de Janeiro: Renovar, p. 63-81; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Responsabilidade civil pelo dano ambiental*. *Revista de direito ambiental*, n. 9, jan.-mar. 1998. p. 5-52; CRUZ, Gisela Sampaio. *O problema do nexos causal...*, p. 107.

89. TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre o nexos de causalidade*, p. 63 et seq.

prova do nexo de causalidade.⁹⁰ A massificação das relações de consumo e o crescente avanço tecnológico no âmbito do mercado de consumo dão causa a dificuldades na demonstração do nexo de causalidade como pressuposto da imputação do dever de indenizar. Neste sentido, o próprio CDC, ao estabelecer a solidariedade dos fornecedores que menciona no artigo 12 (fato do produto), e dentre as causas de exoneração da responsabilidade a prova pelo fornecedor que não colocou o produto no mercado, adota implicitamente a teoria da *causalidade alternativa*, uma vez que remanescem sob esfera da imputação de responsabilidade todos os demais fornecedores.⁹¹

A teoria da *causalidade alternativa*, neste caso, tem a finalidade exata de resolver o problema da dificuldade da demonstração de quem tenha sido o agente causador do dano, quando o este tenha sido causado por pessoa incerta pertencente a um determinado grupo.⁹² No dizer de Pontes de Miranda, “trata-se de causalidade alternativa quando o dano pode ter sido causado e o foi, pelo ato de A ou B, sem se poder determinar com certeza qual dos dois o causou”.⁹³ Surge quando estejam presentes as seguintes circunstâncias: a) não é possível determinar o autor do dano; b) se há demonstrado a participação de todos os possíveis autores na ação do grupo; e c) demonstra-se a relação de causalidade entre o dano e a ação individualizada do grupo.⁹⁴ Neste sentido, estendem-se as causas possíveis aos vários membros do grupo, que a partir disso só poderão se desonerar da responsabilidade se afastarem expressamente o nexo causal. Neste sentido, no CDC, ao indicar a solidariedade dos diversos fornecedores mencionados no *caput* dos artigos 12 e 14 (produtores, construtores, fabricantes, importadores, prestador de serviço), ou mesmo nas hipóteses de responsabilidade subsidiária (comerciantes, referidos no artigo 13), utiliza-se da causalidade alternativa com a finalidade de melhor proteger o interesse do consumidor-vítima do fato do produto ou do serviço.

3.2.3.4 Dano

Em responsabilidade civil, reconhecem-se como indenizáveis os *danos materiais*, prejuízos patrimoniais que se verificam em relação a interesses avaliáveis em dinheiro; e os *danos morais*, que se verificam em relação a interesses insuscetíveis de avaliação pecuniária.⁹⁵ O artigo 6.º, VI,

-
90. Neste sentido, veja-se o estudo de: GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M. *Prueba del nexo causal*. *Revista de Derecho de Daños*, 2003-2. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003. p. 91-102.
91. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 255-257. Por outro lado, note-se que a investigação sobre a causa do dano realiza-se em vista das circunstâncias de cada caso. Neste sentido, é de mencionar a decisão do STJ, segundo a qual, mesmo não excluindo a possibilidade de reconhecer-se a responsabilidade do hospital por contaminação do paciente por transfusão de sangue em procedimento cirúrgico, a afasta em determinado caso concreto no qual tal procedimento teria ocorrido há sete anos, sem que tenha sido demonstrado maiores provas de verossimilhança quanto à alegação de contágio: STJ, REsp 1.322.387/RS, 4.ª T., j. 20.08.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, *Dje* 26.09.2013.
92. DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos. Inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 61 *et seq.*; SAUX, Edgardo Ignacio. Causalidad y responsabilidad de los grupos. Caso de autor anónimo y de autor identificado. *Revista de Derecho de Daños*, 2003-2. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003. p. 293-319; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 250.
93. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. 22. Rio de Janeiro: Borsóí, 1971. p. 192.
94. ZANNONI, Eduardo A. Causación de daños. Una visión panorámica. *Revista de Derecho de Daños*, 2003-2, p. 7-20. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.
95. JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil...*, p. 373.

do CDC, estabelece como direito básico do consumidor a “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

3.2.3.4.1 Danos materiais e morais

Os danos materiais, ou também identificados como danos patrimoniais, são os prejuízos econômicos que decorrem de uma determinada ofensa ao direito alheio. Em geral reclama-se que sejam certos e demonstráveis, compondo-se tanto da parcela de patrimônio diminuída em razão de um determinado comportamento do ofensor, quanto o dos acréscimos patrimoniais que deixam de ser obtidos em razão deste mesmo comportamento (lucros cessantes).

Já o dano moral, tomado em sentido amplo, é expressão que traduz, em regra, uma ofensa à personalidade. Por esta razão é que, na evolução do direito brasileiro, parte-se de uma rejeição inicial à consideração da possibilidade de indenização de danos morais, para a possibilidade de fazê-lo, sobretudo em vista da expressa norma constitucional que estabelece como direito fundamental, o direito à indenização por dano moral, material e à imagem (artigo 5.º, V, da Constituição da República) e, bem mais recentemente, o artigo 186 do CC. Dentre os danos morais, podemos distinguir entre os danos corporais ou à saúde, e os danos anímicos ou danos morais em sentido estrito,⁹⁶ como sendo os que atingem a integridade psicofísica da pessoa, desde lesões corporais até a provação da vida, assim como as situações em que as pessoas tornam-se incapazes de experimentar sensações, ou de entender e querer, em face de lesões no sistema nervoso central. Ao seu lado, outra espécie de danos, também abrangido sob a terminologia dos danos morais, são aqueles que decorrem de ofensas a pessoa no que diz respeito ao seu sentimento, sua vida afetiva, social ou cultural, os se quais classificam como danos anímicos ou danos morais em sentido estrito. Todavia, caracteriza dano moral, que pode mesmo ser presumido, qualquer ato de atente igualmente contra a credibilidade do consumidor, em face de práticas abusivas ou falhas no fornecimento de produtos ou serviços.⁹⁷

Atualmente, observa-se certa tendência jurisprudencial de restringir as hipóteses em que, nas relações de consumo, o descumprimento de dever por parte do fornecedor seja reconhecido como causa de danos morais ao consumidor. Sustenta-se que o mero descumprimento de obrigação contratual ou dever legal, per se, não é suscetível de fazer presumir o dano. Em outros termos, expressão comum nos julgados dizer-se da necessidade de distinção entre o *mero dissabor* e quais fatos são aptos a resultar em efetiva afetação da personalidade do consumidor, mediante a caracterização, em especial, de danos anímicos.⁹⁸ Aqui observa-se certa discricio-

96. Adotamos aqui, a classificação de: NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 559-560.

97. Neste sentido orienta-se a Súmula 388, do STJ: “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.”

98. Por outro lado, vem se admitindo crescentemente, a partir de provocação doutrinária, a concessão de indenização pelo dano decorrente do sacrifício do tempo do consumidor em razão de determinado descumprimento contratual, como ocorre em relação à necessidade de sucessivos e infrutíferos contatos com o serviço de atendimento do fornecedor, e outras providências necessárias à reclamação de vícios no produto ou na prestação de serviços. Neste sentido, veja-se: DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor. O prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 42 e ss. No direito argentino: BAROCELLI, Sérgio Sebastián. *Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido*. *Revista de direito do consumidor*, v. 90. São Paulo: RT, nov.-dez./2013, p. 119.

riedade judicial no conhecimento dos fatos, a exigir distinção qualitativa e quantitativa (intensidade), quanto às consequências da violação do direito do consumidor. Critério mais utilizado para distinção entre o dano indenizável eo mero dissabor será a reiteração da conduta ou da falha do fornecedor,⁹⁹ a lesão decorrente da exposição ao risco¹⁰⁰, ou ainda a falha ou negligência do fornecedor na correção de falhas na sua prestação.¹⁰¹ Esta tendência, contudo,

99. Ilustrativo, neste aspecto, é a seguinte decisão do STJ: “Consumidor. Responsabilidade civil. Indenização por danos morais. Veículo zero-quilômetro. Recurso especial. Divergência jurisprudencial. Entendimento recente do STJ. 1. O defeito apresentado em veículo novo, via de regra, implica mero dissabor pessoal, sem repercussão no mundo exterior. Todavia, quando o defeito extrapola o razoável, tal como a hipótese de automóvel zero-quilômetro que, em menos de um ano, fica, por mais de 50 dias, paralisado para reparos, por apresentar defeitos estéticos, de segurança, motorização e freios, considera-se superado o mero dissabor decorrente de transtorno corriqueiro, tendo em vista a frustração e angústia, situação que invade a seara do efetivo abalo psicológico. 2. Recurso especial conhecido e desprovido” (STJ, REsp 1.249.363/SP, 3.ª T., j. 11.03.2014, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 17.03.2014). No mesmo sentido: “Consumidor e civil. Responsabilidade civil contratual. Defeitos em veículo zero-quilômetro. Extrapolação do razoável. Dano moral. Existência. Juros de mora. *Dies a quo*. Citação. Dispositivos legais apreciados: Arts. 18 do CDC e 186, 405 e 927 do CC/02. 1. Ação ajuizada em 14.05.2004. Recurso especial concluso ao gabinete da Relatora em 08.08.2013. 2. Recurso especial em que se discute se o consumidor faz jus à indenização por danos morais em virtude de defeitos reiterados em veículo zero quilômetro que o obrigam a levar o automóvel diversas vezes à concessionária para reparos, bem como o dies a quo do cômputo dos juros de mora. 3. O defeito apresentado por veículo zero-quilômetro e sanado pelo fornecedor, via de regra, se qualifica como mero dissabor, incapaz de gerar dano moral ao consumidor. Todavia, a partir do momento em que o defeito extrapola o razoável, essa situação gera sentimentos que superam o mero dissabor decorrente de um transtorno ou inconveniente corriqueiro, causando frustração, constrangimento e angústia, superando a esfera do mero dissabor para invadir a seara do efetivo abalo psicológico. 4. Hipótese em que o automóvel adquirido era zero-quilômetro e, em apenas 06 meses de uso, apresentou mais de 15 defeitos em componentes distintos, parte dos quais ligados à segurança do veículo, ultrapassando, em muito, a expectativa nutrida pelo recorrido ao adquirir o bem. 5. Consoante entendimento derivado, por analogia, do julgamento, pela 2.ª Seção, do REsp 1.132.866/SP, em sede de responsabilidade contratual os juros de mora referentes à reparação por dano moral incidem a partir da citação. 6. Recurso especial desprovido” (STJ, REsp 1.395.285/SP, 3.ª T., j. 03.12.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 12.12.2013). No mesmo sentido o entendimento de que “é cabível indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido. Precedentes”. (STJ, AgRg no AREsp 776.547/MT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª T., j. 04.02.2016, DJe 12.02.2016).
100. No tocante à exposição ao risco, de interesse é a divergência jurisprudencial sobre a existência de dano no caso da aquisição, porém sem ingestão, de bebidas nas quais se identifique um corpo estranho dentro da garrafa. Reconhecendo o dano decorrente das exposição do consumidor ao risco STJ, AgRg no REsp 1454255/PB, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª Turma, j. 21.08.2014, DJe 01.09.2014. Em sentido contrário, entendendo como mero dissabor: STJ, REsp 1395647/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª Turma j. 18.11.2014, DJe 19.12.2014.
101. Admitindo a existência de dano moral indenizável decorrente da conduta de instituição financeira que, a despeito de repetidos requerimentos administrativos do consumidor, apenas restituiu valores sacados indevidamente de sua conta de poupança após ser demandada judicialmente, veja-se a interessante decisão do STJ no AgRg no AREsp 395.426/DF, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi 4.ª Turma, j. 15.10.2015, DJe 17.12.2015. Destaque-se o seguinte trecho da ementa: “a hipótese dos autos, diversamente do que compreendido pelas instâncias ordinárias, as circunstâncias que envolveram o caso são suficientes à caracterização do dano moral. O autor somente está sendo restituído o seu dinheiro, indevidamente retirado de sua conta poupança, após ter intentado uma ação judicial

não é isenta de críticas, em especial quanto ao que se identifica como certa condescendência jurisprudencial em relação a conduta reiterada de certos fornecedores, a desconsideração de expectativas legítimas do consumidor em relação à aquisição de produtos e serviços e sua posterior frustração.

No esteio do amplo reconhecimento da possibilidade de indenização dos danos morais, a jurisprudência brasileira é consensual ao admitir a possibilidade da pessoa jurídica sofrer tais agravos. Tal conclusão, que, aliás, é objeto da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça ("A pessoa jurídica pode sofrer dano moral"), atualmente é reforçada pela expressa previsão, pelo artigo 52 do CC, de que se aplica, no que couber, às pessoas jurídicas, os direitos da personalidade, e cuja norma do artigo 11, do mesmo diploma, refere expressamente o surgimento da pretensão indenizatória na hipótese de violação destes direitos.

No que diz respeito às relações de consumo, as normas relativas à responsabilidade civil do fato do produto e do serviço tem por finalidade essencial a proteção da integridade pessoal e patrimonial do consumidor, razão pela qual, são indenizáveis nesta matéria tanto danos materiais, quanto morais, decorrentes de um acidente de consumo. Tais danos decorrem, como já observamos, da violação de um dever de segurança, razão pela qual pouco importa se os emergem de uma relação contratual ou não.

A diferença do regime da responsabilidade civil comum, com relação aos danos, determina que algumas questões importantes devem ser consideradas. Primeiro, é sobre a reparabilidade dos danos. Não vige no CDC o mesmo regime do Código Civil, que permite a redução equitativa da indenização em vista do grau de culpa do ofensor (artigo 944, parágrafo único, do CC). Ao estabelecer como regra o regime da responsabilidade objetiva (afastando-o somente em relação aos profissionais liberais), e o direito básico à efetiva reparação, parece não admitir o CDC uma avaliação da intensidade ou graduação de culpas¹⁰². Ao contrário, orienta-se pelo princípio da reparação integral. Saliente-se que neste particular, o direito brasileiro afasta-se das soluções adotadas no direito europeu (notadamente a Diretiva 85/374/CEE), que acabou por admitir a possibilidade de limitação da indenização, via tarifamento,¹⁰³ em que pese à opção expressa de alguns países em afastar esta hipótese, mantendo o princípio da reparação integral, como é o caso do direito francês.¹⁰⁴

Este princípio, como é intuitivo, estabelece a necessidade de reparação da totalidade dos prejuízos sofridos pelo consumidor-vítima, abrangendo toda a extensão dos danos causados, buscando-se basicamente as funções de reparação dos prejuízos causados e a sua prevenção futura. (repara-se todo o prejuízo, mas não unicamente o prejuízo¹⁰⁵). Desta forma, ainda que

que obrigou a instituição financeira a recompor os depósitos. Evidente que essa circunstância vai muito além de um mero dissabor, transtorno ou aborrecimento corriqueiro, não sendo admissível compreender que o intento e longo acompanhamento de uma demanda judicial, único instrumento capaz de refazer seu patrimônio e compelir a ré a proceder à reparação, seja acontecimento normal, comum no cotidiano de qualquer indivíduo."

102. Contudo, conforme refere Marcelo Calixto "é corrente na doutrina; e aceito pela jurisprudência, que também a chamada culpa concorrente do consumidor sirva para reduzir o valor da reparação devida pelos fornecedores na hipótese de defeito no produto ou serviço". CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 345.

103. CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor...*, p. 691.

104. CALAIS-AULOY, Jean. *Droit de la consommation*, p. 227.

105. COUTANT-LAPALUS, Christelle. *Le principe de la réparation intégrale em droit privé*. Aix de Marseille: Presses Universitaires d'Aix de Marseille, 2002. p. 20-21.

se tenha por paradigma o dano, o juiz goza de certa liberdade para decidir sem a consideração de fórmulas eminentemente matemáticas, mais rígidas,¹⁰⁶ considerando os elementos do caso e as espécies de danos indenizáveis.

Admite-se além da indenização dos danos ao próprio consumidor-vítima (ou equiparado a consumidor por força do artigo 17), também a possibilidade de indenização de terceiros ligados à vítima diretamente atingida pelo evento, de modo que em razão desse dano o direito, sofrer eles também um dano próprio (dano indireto) a que a doutrina denomina dano por ricochete.¹⁰⁷ Ou seja, a possibilidade de indenização de pais ou outros parentes íntimos da vítima principal em por dano próprio decorrente do dano sofrido por aquela essa.¹⁰⁸

Os danos materiais, pela exigência de comprovação, ou pela adoção de critérios relativamente objetivos para sua definição, não oferecem maiores dificuldades. É no caso dos danos morais onde esta situação, em matéria de danos decorrentes do fato do produto ou do serviço, aparece com maior frequência. Isto porque, frente à inexistência de um parâmetro econômico (dado seu caráter extrapatrimonial), a determinação do *quantum* indenizatório prende-se em geral a razões de convicção do julgador. Todavia, não se pode desconhecer que, nesta matéria, o próprio CDC ao estabelecer o direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos, parece ter indicado critério útil à decisão do julgador.¹⁰⁹ Isto porque, conforme já mencionamos, prevenção não significa apenas evitar a realização do dano *in concreto*, como seria o caso da atuação administrativa em casos de *recall*, ou de suspensão ou proibição da comercialização de produto

106. VINEY, Genevieve; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2001. p. 114.

107. "Recursos Especiais. Responsabilidade civil. Aluna baleada em *campus* de universidade. Danos morais, materiais e estéticos. Alegação de defeito na prestação do serviço, consistente em garantia de segurança no *campus* reconhecido com fatos firmados pelo Tribunal de origem. Fixação. Danos morais em R\$ 400.000,00 e estéticos em R\$ 200.000,00. Razoabilidade, no caso. Pensionamento mensal. Atividade remunerada não comprovada. Salário mínimo. Sobrevida da vítima. Pagamento em parcela única. Inviabilidade. Despesas médicas. Danos materiais. Necessidade de comprovação. Juros moratórios. Responsabilidade contratual. Termo inicial. Citação. Danos morais indiretos ou reflexos. Pais e irmãos da vítima. Legitimidade (...) 7. É devida, no caso, aos genitores e irmãos da vítima, indenização por dano moral por ricochete ou *préjudice d'affection*, eis que, ligados à vítima por laços afetivos, próximos e comprovadamente atingidos pela repercussão dos efeitos do evento danoso na esfera pessoal. 8. Desnecessária a constituição de capital para a garantia de pagamento da pensão, dada a determinação de oferecimento de caução e de inclusão em folha de pagamento. 9. Ultrapassar os fundamentos do Acórdão, afastando a condenação ao custeio de tratamento psicológico, demandaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, incidindo, à espécie, o óbice da Súmula 7/STJ. 10. Recurso Especial da ré provido em parte, tão somente para afastar a constituição de capital, e Recurso Especial dos autores improvido" (STJ, REsp 876.448/RJ, 3.ª T., j. 17.06.2010, rel. Min. Sidnei Beneti, Dje 21.09.2010).

108. VINEY, Genevieve; JOURDAIN, Patrice. *Les effets de la responsabilité*, p. 249 et seq.

109. Vale mencionar, a respeito, as considerações de Guilherme Ferreira da Cruz acerca dos riscos envolvidos nas relações de consumo. Ensina o magistrado paulista, ao propor uma teoria geral das relações de consumo, que não se exigirá, para efeito de imputação de responsabilidade objetiva, que a atividade seja de risco congênito ou revele defeito. Desse modo, "critérios estatísticos, dados técnicos e até mesmo máximas de experiência poderão ser manejados visando à identificação desse risco especial e particular, num processo que deve sempre que possível anteceder o dano". Advoga então, o destaque que nas relações de consumo devem observar os princípios da precaução e da prevenção. CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 244-245.

ou serviço, mas também espécie de prevenção *in abstracto*, caracterizada pelo desestímulo à realização de futuros danos, da repetição da conduta ilícita, ou ao inverso, o estímulo à realização de comportamentos cautelosos, diligentes, em vista da preservação da segurança dos consumidores. Neste sentido, o critério de prevenção do dano, no que indicará o desestímulo da realização de determinados atos, constitui orientação útil à decisão judicial na determinação do valor da indenização.

3.2.3.4.2 Danos individuais, coletivos e difusos

Ao lado das espécies de danos — materiais ou morais — no âmbito da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, outra classificação é da maior importância para o efeito de determinação dos danos e o modo de sua reparação. Dadas as características principais das relações de consumo, dentre as quais sua massificação e extensão, o modo de proteção dos direitos dos consumidores e seus respectivos instrumentos ampliam-se sensivelmente. Neste sentido, é possível identificar danos que não atingem apenas um consumidor em específico, mas todo um grupo, ou a generalidade de pessoas que integram uma determinada comunidade. Daí porque os danos em direito do consumidor podem ser danos individuais ou transindividuais. *Individuais*, quando se tratar de danos sofridos individualmente por determinado consumidor. E *transindividuais*, os danos causados a um grupo todo de consumidores, os quais subdividem-se em danos coletivos e difusos, na medida em que os interesses atingidos e cuja ofensa representa um dano sejam interesses coletivos ou difusos.

Esta classificação (que examinamos com maior profundidade na III Parte desta obra), deriva do que dispõe o artigo 81, parágrafo único, do CDC, que estabeleceu a possibilidade de defesa coletiva de direitos quando for o caso de interesses ou direitos difusos; interesses ou direitos coletivos; e interesses ou direitos individuais homogêneos. A mesma norma define *interesses ou direitos difusos* como os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Já os *interesses ou direitos coletivos* são definidos, do mesmo modo, como os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte titular por uma relação jurídica base. Neste sentido, assenta-se um critério de distinção entre os direitos difusos e coletivos, porquanto com relação aos primeiros seria observado o modo de indeterminação dos sujeitos titulares destes direitos. Já no que tange aos direitos coletivos, seriam caracterizados pelo fato dos seus titulares serem determináveis. Em comum, todos os fatos de serem indivisíveis.

Daí porque, no que se refere ao dano transindividual, este será a espécie de dano que atinge todo um grupo ou coletividade de pessoas, devendo-se presumir que, pertencendo ao mesmo grupo ou coletividade ofendida, cada um dos seus integrantes terá sido atingido. E neste caso, dada sua indivisibilidade, o modo de reparação destes danos só pode se dar no modo coletivo, não se admitindo a ação individual dos membros do grupo. Desta natureza se trata, por exemplo, os danos causados por um fornecedor que em sua atividade produtiva provoca danos ao meio ambiente, ou ainda o fornecedor que promova publicidade enganosa ou abusiva. Nestes casos, tem-se tipicamente a ofensa a um número indeterminado de consumidores (interesses difusos), razão pela qual a responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço tem por objetivo indenizar danos transindividuais.

Não se confundem os danos transindividuais com aqueles tutelados coletivamente e por serem caracterizados como espécies de *direitos individuais homogêneos*. Estes são definidos pela lei

como sendo os interesses ou direitos que tenham origem comum, a teor do artigo 81, parágrafo único, III, do CDC. No caso, os direitos individuais homogêneos são antes de tudo direitos individuais, apresentando traço de identidade apenas no que diz respeito à sua origem comum, mas não em relação à natureza do direito. Neste sentido, os danos eventualmente reclamados a título de direitos individuais homogêneos são, antes de tudo, danos individualmente sofridos por diversos consumidores, que farão jus, cada qual, à reparação que corresponda à correta extensão do seu dano. Daí porque neste caso, o CDC faculta a possibilidade dos consumidores-vítimas de optarem pela ação individual ou pela ação coletiva (artigo 91), hipótese em que se estendem aos mesmos os efeitos da coisa julgada.

No caso da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, observam-se como característicos destes danos individuais, mas que pelo fato de terem atingido diversos consumidores poderem ser reclamados pela via coletiva, por ação para defesa de direitos individuais homogêneos, os danos que decorram de um mesmo defeito, como é o caso de diversas embalagens de um mesmo medicamento que tenha sido comercializado com substância ineficaz,¹¹⁰ ou

110. Neste sentido decidiu o STJ, no caso da comercialização como anticoncepcionais, de placebos sem eficácia terapêutica: "Civil e processo civil. Recurso especial. Ação civil pública proposta pelo Procon e pelo Estado de São Paulo. Anticoncepcional Microvlar. Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. – Nos termos de precedentes, as ações possuem legitimidade ativa para propositura de ação relativa a direitos individuais homogêneos. – Como o mesmo fato pode ensejar ofensa tanto a direitos difusos, quanto a coletivos e individuais, dependendo apenas da ótica com que se examina a questão, não há qualquer estranheza em se ter uma ação civil pública concomitante com ações individuais, quando perfeitamente delimitadas as matérias cognitivas em cada hipótese. – A ação civil pública demanda atividade probatória congruente com a discussão que ela veicula; na presente hipótese, analisou-se a colocação ou não das consumidoras em risco e responsabilidade decorrente do desrespeito ao dever de informação. – Quanto às circunstâncias que envolvem a hipótese, o TJ/SP entendeu que não houve descarte eficaz do produto-teste, de forma que a empresa permitiu, de algum modo, que tais pílulas atingissem as consumidoras. Quanto a esse 'modo', verificou-se que a empresa não mantinha o mínimo controle sobre pelo menos quatro aspectos essenciais de sua atividade produtiva, quais sejam: a) sobre os funcionários, pois a estes era permitido entrar e sair da fábrica com o que bem entendessem; b) sobre o setor de descarga de produtos usados e/ou inservíveis, pois há depoimentos no sentido de que era possível encontrar medicamentos no 'lixão' da empresa; c) sobre o transporte dos resíduos; e d) sobre a incineração dos resíduos. E isso acontecia no mesmo instante em que a empresa se dedicava a manufaturar produto com potencialidade extremamente lesiva aos consumidores. – Em nada socorre a empresa, assim, a alegação de que, até hoje, não foi possível verificar exatamente de que forma as pílulas-teste chegaram às mãos das consumidoras. O panorama fático adotado pelo acórdão recorrido mostra que tal demonstração talvez seja mesmo impossível, porque eram tantos e tão graves os erros e descuidos na linha de produção e descarte de medicamentos, que não seria hipótese infundada afirmar-se que os placebos atingiram as consumidoras de diversas formas ao mesmo tempo. – A responsabilidade da fornecedora não está condicionada à introdução consciente e voluntária do produto lesivo no mercado consumidor. Tal ideia fomentaria uma terrível discrepância entre o nível dos riscos assumidos pela empresa em sua atividade comercial e o padrão de cuidados que a fornecedora deve ser obrigada a manter. Na hipótese, o objeto da lide é delimitar a responsabilidade da empresa quanto à falta de cuidados eficazes para garantir que, uma vez tendo produzido manufatura perigosa, tal produto fosse afastado das consumidoras. – A alegada culpa exclusiva dos farmacêuticos na comercialização dos placebos parte de premissa fática que é inadmissível e que, de qualquer modo, não teria o alcan-

as vítimas de um mesmo desastre aéreo, ou ainda os diversos consumidores de uma mesma espécie de automóvel defeituoso. O que se altera aqui, salienta-se, é o modo de identificação e reparação do dano, não sua natureza que, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, caracteriza-se como espécie de dano individual (porque individualmente sofrido, ainda que por diversas vítimas).

3.2.4 Excludentes de responsabilidade

As excludentes de responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço estão expressamente previstas no CDC. No caso do fato do produto, o artigo 12, § 3.º estabelece que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado; II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.” No que se refere à responsabilidade do serviço, de sua vez, o artigo 14, § 3.º, do CDC, estabelece: “(...) § 3.º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

Em todas as hipóteses, observa-se que as causas de exclusão da responsabilidade representam a desconstituição do nexo de causalidade. Neste sentido, seja nas hipóteses previstas para a exclusão da responsabilidade pelo fato do produto, ou da responsabilidade pelo fato do serviço, exclui-se a responsabilidade pela demonstração cabal de ausência do nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor no mercado de consumo e o dano eventualmente suportado pelo consumidor.

Note-se, todavia, que o ônus da prova, neste caso, é do fornecedor do produto ou serviço, contra quem se estabelece uma presunção *juris tantum* de responsabilidade, ao tempo que se determinam quais as hipóteses em que se admite exonerar esta responsabilidade. Ao lado destas hipóteses expressamente previstas no CDC, todavia, encontram-se, igualmente, as circunstâncias que, por força da teoria geral da responsabilidade civil também são aptas à exclusão da responsabilidade do fornecedor. São as hipóteses de *caso fortuito* e *força maior*.

Sobre a determinação do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço, em face da ausência de referência do CDC sobre

ce desejado no sentido de excluir totalmente a responsabilidade do fornecedor. – A empresa fornecedora descumpra o dever de informação quando deixa de divulgar, imediatamente, notícia sobre riscos envolvendo seu produto, em face de juízo de valor a respeito da conveniência, para sua própria imagem, da divulgação ou não do problema. – Ocorreu, no caso, uma curiosa inversão da relação entre interesses das consumidoras e interesses da fornecedora: esta alega ser lícito causar danos por falta, ou seja, permitir que as consumidoras sejam lesionadas na hipótese de existir uma pretensão dúvida sobre um risco real que posteriormente se concretiza, e não ser lícito agir por excesso, ou seja, tomar medidas de precaução ao primeiro sinal de risco. – O dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 866.636/SP, j. 29.11.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 06.12.2007, p. 312). No mesmo sentido: STJ, REsp 1.120.746/SC, 3.ª T., j. 17.02.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 24.02.2011.

o tema, há certa discussão sobre sua aptidão para afastar o dever de indenizar do fornecedor. Note-se que não apenas no direito brasileiro deixou de haver a previsão expressa a tais hipóteses de exclusão. Também no direito europeu, a Diretiva 85/377/CEE, sobre responsabilidade pelo fato do produto e do serviço deixou de fazer referência expressa sobre o tema, em razão da dificuldade em estabelecer-se um significado uniforme para estes conceitos.¹¹¹ Entre nós, divide-se a doutrina especializada.¹¹² Dentre os que sustentam a impossibilidade de exclusão da responsabilidade do fornecedor no regime do CDC, em razão de caso fortuito e força maior, sustenta-se que as hipóteses enumeradas pelo legislador nos artigos 12 e 14 constituem enumeração taxativa (*numerus clausus*), insuscetível de ampliação por via interpretativa. Por outro lado, os que defendem sua admissão, vão salientar que não há como se desconsiderar excludentes que derivam da teoria geral da responsabilidade civil e que tem por característica a exclusão do nexo de causalidade entre o dano ao consumidor e a conduta do consumidor, lembrando que o regime da responsabilidade objetiva previsto como regra geral do CDC exclui a culpa como requisito da responsabilização, mas não a relação lógica de causalidade entre uma conduta e um dano sobre o qual se deseja imputar o dever de indenizar.

3.2.4.1 Não colocação do produto no mercado

Dentre as excludentes de responsabilidade pelo fato do produto expressamente previstas pelo CDC, a primeira é a prova pelo fornecedor de que não colocou o produto no mercado (artigo 12, § 3.º, I). Com relação à excludente e, em especial, à possibilidade de sua comprovação pelo fornecedor, a questão que se apresenta é, justamente, a precisão do significado do que consiste esta não colocação do produto no mercado. James Marins, abordando a questão, refere que a hipótese que "mais claramente poderia subsumir a esta excludente seria a do furto ou

111. CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*, p. 737.

112. Pela admissão do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade no regime do CDC, dentre outros: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de proteção do consumidor*, 1991, p. 67; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica-civil-constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 241; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 290; MARTINS, Plínio Lacerda. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil no Código do Consumidor. RT, v. 690, p. 287-291. São Paulo: RT, abr. 1991. Contra a admissão do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade, afirmando o caráter exaustivo da enumeração do CDC: LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante...*, p. 119; NERY, Nelson. Os princípios gerais do Código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, p. 44-77. São Paulo: RT, set.-dez. 1992. Ainda de se referir os entendimentos que visam compatibilizar as causas excludentes com o regime do CDC: no entendimento de Sílvio Luiz Ferreira da Rocha, seria desnecessária menção expressa a estas excludentes, uma vez que o caso fortuito já estaria presente no CDC sob a previsão de inexistência do defeito como espécie excludente (artigo 12, § 3.º, II e artigo 14, § 3.º, I), enquanto a força maior apresentar-se-ia, como a previsão normativa do fato de terceiro (artigo 12, § 3.º, III, e artigo 14, § 3.º, II). ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto...*, p. 112-113; Já para James Marins, é admissível a força maior e o caso fortuito como excludentes, contanto que não venham a ocorrer dentro do processo produtivo, onde não se deverá admiti-la como causa de exclusão da responsabilidade. MARINS. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...*, p. 153. No mesmo sentido é o entendimento de: DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 190-191.

roubo do produto defeituoso estocado, desde que tomadas as devidas cautelas para sua guarda".¹¹³ No mesmo sentido referem-se Antonio Herman Benjamin¹¹⁴ e Paulo de Tarso Sanseverino,¹¹⁵ incluindo nesta hipótese, mesmo o furto de uso.

O critério de não colocação no mercado, neste sentido, verifica-se pela ausência de voluntariedade por parte do fornecedor, e da mesma forma isenta de culpa, no oferecimento do produto no mercado. A exclusão de responsabilidade, neste sentido, surge da ausência de uma conduta que se vincule – via nexo de causalidade – a um dano eventualmente sofrido pelo consumidor. Todavia, há de reconhecer-se na hipótese a existência de uma presunção contra o fornecedor. Ou seja, identificando-se o produto defeituoso no mercado, e verificando-se que em razão dele produziu-se um dano ao consumidor, ensejando a responsabilidade pelo fato do produto, presume-se que o fornecedor tenha colocado o produto no mercado. Incumbe a este fornecedor, para excluir-se do dever de indenizar, demonstrar o contrário.

O direito brasileiro, todavia, não regulou o modo como se estabelece esta prova, a exemplo do que já havia feito o legislador europeu no artigo 7.º, da Diretiva Europeia 85/374/CEE, sobre a responsabilidade pelo fato do produto. Todavia, por ocasião da incorporação da Diretiva nos ordenamentos jurídicos internos dos países da Comunidade, houve situações, como na Itália, em que o legislador nacional optou por precisar o conceito do que se consideraria por colocar em circulação. Daí é que o *Codice del Consumo* italiano de 2005 tenha estabelecido em seu artigo 119 (a exemplo do artigo 7.º D.P.R. 224/88, que vigeu até a edição do *Codice*), que se considera o produto colocado em circulação nas situações em que haja entrega ao consumidor, ainda que para mostruário ou prova; a entrega ao despachante ou transportador para entrega ao adquirente ou usuário, ou ainda na hipótese de venda judicial, mediante leilão, ressalvado neste último caso, a hipótese do produtor ter dado ciência, no ato da penhora judicial, da existência do defeito.

Em nosso sistema, como afirmamos, a excludente em questão não merece definição normativa nem em caráter positivo (colocação do produto no mercado), nem em caráter negativo (não colocação do produto no mercado). Neste sentido, vem cabendo especialmente à doutrina especializar-se em distinções. Em primeiro lugar, cumpre distinguir que o ato de colocação no mercado não parece exigir, necessariamente, a retirada física do bem das instalações do fornecedor, nem mesmo, a evidência, da sua posse ou propriedade. Colocar ou não no mercado vincula-se a dispor ao público interessado, o que pode ser feito tanto nas instalações do fornecedor (mesmo do fornecedor-fabricante), quanto em qualquer outro local. Este caráter finalístico da norma – colocação do produto no mercado – não restringe a hipótese a um critério de intencionalidade do fornecedor, ainda que caiba a ele o ônus de demonstrar a ausência de tal finalidade. A pergunta que resta, todavia, é se para tanto deve estar cumprida a plena possibilidade de acesso do mercado ao produto ou serviço. Uma questão de relevo, neste ponto, como assinala a doutrina, diz respeito aos acidentes de trânsito ocorridos por ocasião do transporte dos produtos ou matérias primas; o extravio durante o transporte, antes da entrega ao consumidor¹¹⁶; ou ainda a circunstância de oferecimento de produtos ou amostras gratuitas. Em todos

113. MARINS, James. *Responsabilidade da empresa...*, p. 146.

114. BENJAMIN, Antonio Herman de V. *Código de proteção e defesa do consumidor...*, p. 65.

115. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 260.

116. "Responsabilidade Civil. Direito do Consumidor. Extravio de malote que contém talões de cheque. Responsabilidade objetiva da instituição financeira. Inclusão indevida nos órgãos de proteção ao crédito. Dano moral. 1. A instituição financeira é responsável por danos morais causados a corren-

estes casos, parece claro que os produtos – ainda que não disponíveis no mercado para realização necessária de contratos de consumo, de regra já se submetem ao dever de segurança estabelecido pelo CDC.¹¹⁷ No mesmo sentido, aliás, situa-se a colocação acidental do produto defeituoso no mercado, o que – em um regime de responsabilidade objetiva – não terá o condão de excluir a responsabilidade do fornecedor pelos danos eventualmente causados.

A introdução no mercado parte do pressuposto de sua colocação no espaço do mercado, instante a partir do qual passa a oferecer riscos aos direitos dos consumidores. E por tal razão, passam tais situações a submeter-se ao regime do CDC, não se admitindo no caso, a alegação da excludente de não colocação no mercado.

3.2.4.2 Inexistência de defeito

Como já afirmamos, no regime de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço no CDC, a existência do defeito é pressuposto essencial da imputação do dever de indenizar ao fornecedor. Daí porque, dentre as excludentes previstas pelo CDC como possíveis de demonstração pelo fornecedor para efeito da sua não responsabilização, está à prova da inexistência do defeito do produto (artigo 12, § 3.º, II), ou do serviço (artigo 14, § 3.º, I). Demonstrando-se a inexistência do defeito – providência que a lei impõe ao fornecedor – não se há de falar sobre a responsabilidade do fornecedor, que só abrange os danos decorrentes de produtos e serviços defeituosos.¹¹⁸

Como já mencionamos, a previsão do *defeito* como *pressuposto* do dever de indenizar tem origem no direito europeu (Diretiva 85/374/CEE) e surge como uma tentativa de delimitação do regime de responsabilidade objetiva do CDC, em contraposição ao tratamento que sobre o tema deu o direito norte-americano, aparentemente sem a eleição expressa de um critério de atribuição da responsabilidade que não o risco da atividade do produtor ou fabricante (neste sentido, o § 432 do *Second Restatement of Torts*). O exame da existência ou não do defeito do produto pressupõe, naturalmente, a colocação do produto no mercado.¹¹⁹

ista que tem cheques devolvidos e nome inscrito em cadastro de inadimplentes em decorrência da utilização do talonário por terceiro após o extravio de malotes durante o transporte, pois tal situação revela defeito na prestação de serviços. 2. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no Ag 1.357.347/DF, 4.ª T., j. 03.05.2011, rel. Min. João Otávio De Noronha, DJe 09.05.2011). O mesmo ocorre no caso em que a instituição financeira, por erro, entrega indevidamente o talonário a terceiro (REsp 1.254.883/FR, 3.ª T., j. 03.04.2014, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 10.04.2014).

117. No mesmo sentido: SANSEVERINO. Responsabilidade civil no código do consumidor..., p. 262-263. Em sentido contrário: MARINS. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto..., p. 103.
118. “Direito civil. Indenização por danos morais. Transporte rodoviário. Roubo ocorrido dentro do ônibus. Inevitabilidade. Força maior. Exclusão da responsabilidade do transportador. Precedentes. Recurso desprovido. I – A presunção de culpa da transportadora comporta desconstituição mediante prova da ocorrência de força maior, decorrente de roubo, indemonstrada a desatenção da ré quanto às cautelas e precauções normais ao cumprimento do contrato de transporte. II – Na lição de Clóvis, caso fortuito é “o acidente produzido por força física ininteligente, em condições que não podiam ser previstas pelas partes”, enquanto a força maior é “o fato de terceiro, que criou, para a execução da obrigação, um obstáculo, que a boa vontade do devedor não pode vencer”, com a observação de que o traço que os caracteriza não é a imprevisibilidade, mas a inevitabilidade” (STJ, REsp 264.589/RJ, j. 14.11.2000, 4.ª T, rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, DJU 18.12.2000, p. 207).
119. TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 237-250.

A principal questão a ser considerada com respeito a esta causa excludente é o modo como se deverá avaliar a presença ou não do defeito. No direito europeu da Diretiva 85/374/CEE, admite-se como excludente da responsabilização do fornecedor a demonstração, por parte deste, da probabilidade de inexistência de defeito. Refere, no caso, o artigo 7.º, da mencionada Diretiva, que o produtor não será responsável quando provar, dentre outras hipóteses, “que, tendo em conta as circunstâncias, é legítimo estimar que o defeito causador do dano não existia no momento em que o produto foi posto em circulação pelo produtor ou que esse defeito surgiu posteriormente”. Ou seja, no regime europeu, basta a demonstração de uma mera probabilidade de inexistência do defeito para excluir-se a responsabilidade do produtor. Não é, a toda vista, a regra da lei brasileira.

Dentre nós, optou o legislador por um regime mais rigoroso de responsabilidade, em conta da proteção do consumidor-vítima de acidentes de consumo, ao exigir prova positiva da inexistência do defeito.¹²⁰ Não basta, neste sentido, mera argumentação lógica que busque demonstrar o quão improvável seria a existência de um determinado defeito. Sem a comprovação cabal da ausência de defeito não se afasta a responsabilidade determinada ao fornecedor,¹²¹ submetido à interpretação quanto à regularidade de sua conduta.¹²² Da mesma forma, sempre deve ser destacado, que em matéria de fato do serviço, sua má prestação que gera danos ao consumidor induz a uma verdadeira presunção de existência do defeito, cuja prova em contrário é exigida do fornecedor, para efeito de eximir-se da responsabilidade.

Note-se, todavia, que a razão de ser deste regime estabelecido pelo CDC também atende a razões de ordem prática, com vista a assegurar a efetividade dos direitos do consumidor. Em geral, a dilação probatória em matéria de acidentes de consumo, no caso para investigação sobre

120. MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto..., p. 151.

121. Contudo, por vezes tal pode ser provado, como se observa da decisão do STJ: “(...) 3. No caso concreto, todavia, mostra-se irrelevante a alegação acerca do ônus da prova, uma vez que a solução a que chegou o Tribunal *a quo* não se apoiou na mencionada técnica, mas sim efetivamente nas provas carreadas aos autos. A improcedência do pedido indenizatório decorreu essencialmente da prova pericial produzida em Juízo, sob a vigilância de assistentes nomeados por autor e réu, prova essa que chegou à conclusão de que a colisão do veículo dirigido pelo consumidor não fora frontal e que, para aquela situação, não era mesmo caso de abertura do sistema de *airbags*. 4. De fato, a despeito de a causa de pedir apontar para hipótese em que a responsabilidade do fornecedor é objetiva, este se desincumbiu do ônus que lhe cabia, tendo sido provado que, ‘embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexist[ia]’, nos termos do art. 12, § 3.º, inciso II, do CDC. Tendo sido essa a conclusão a que chegou o Tribunal *a quo*, a reversão do julgado demandaria reexame de provas, providência vedada pela Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 1.095.271/RS, 4.ª T., j. 07.02.2013, rel. Min. Luis Felfpe Salomão, DJe 05.03.2013).

122. “Agravamento regimental no recurso especial. Civil e processo civil. Responsabilidade civil. Direito do consumidor. Dever de informação. Anticoncepcional. Gravidez indesejada. Possibilidade. Informação constante da bula do medicamento. Inexistência de defeito de informação. 1. Ação de indenização movida por casal contra o laboratório fabricante do anticoncepcional Mesigyna, em decorrência de sua ineficácia, ensejando uma terceira gravidez não planejada. 2. Alegação do laboratório fabricante, acolhida pelas instâncias de origem, de que nenhum anticoncepcional é cem por cento eficaz, tendo essa informação constado de sua bula. 3. Fato notório de que os métodos contraceptivos não são 100% eficazes. 4. Informação constante da bula do medicamento. 5. Não caracterização do defeito de informação. 6. Necessidade de revisão da prova colhida no processo que esbarra no óbice da Súmula 07/STJ. 7. Agravamento Regimental desprovido” (STJ, AgRg no REsp 1.261.815/SC, 3.ª T., j. 19.02.2013, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 25.02.2013).

a existência ou não de defeito, se dá através de perícias técnicas altamente especializadas, envolvendo conhecimentos aprofundados e complexos, o que por isso termina por apresentar a prova como extremamente custosa.¹²³ Neste sentido, nesta matéria o CDC não apenas recorre à faculdade genérica de inversão do ônus da prova, estabelecida no artigo 6, VIII, como determinou ao próprio fornecedor, de modo direto, o ônus de demonstrar a inexistência do defeito para efeito de afastar a hipótese de responsabilização.¹²⁴

3.2.4.3 *Culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*

A terceira excludente de responsabilidade admitida expressamente pelo CDC (artigo 12, § 3.º, III, e artigo 14, § 3.º, II) é a culpa exclusiva do consumidor ou a culpa exclusiva de terceiro. Trata-se, como se deduz, de outra hipótese de rompimento do nexo causal entre a conduta do fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor, pelo advento de outra conduta que, tendo sido realizada, demonstra-se que tenha dado causa ao evento danoso.¹²⁵ No caso, a conduta que vem a causar o dano, afastando por isso a relação de causalidade com respeito ao comportamento do fornecedor, é a conduta do próprio consumidor que tenha sido vítima do dano (culpa exclusiva da vítima) ou de qualquer outro terceiro com a mesma característica.

Note-se que a exclusão da responsabilidade do fornecedor, neste caso, opera-se apenas se o dano tiver sido causado por evento cuja causa deva-se apenas à própria conduta do consumidor ou de terceiro. Não há de se referir, portanto, de culpa concorrente do consumidor como causa de exclusão de responsabilidade, ainda que se possa admitir, no caso concreto, a possibili-

123. Epor vezes difícil de ser produzida, caso em que, considerando as circunstâncias do caso, imputa-se a responsabilidade ao fornecedor que não se desincumbiu da produção da prova: “Recurso especial. Responsabilidade pelo fato do produto. Automóvel Fiesta. Quebra do banco do motorista. Defeito de fabricação. Pêda do controle do veículo. Acidente grave. Recall posterior ao evento danoso. Ônus da prova do fabricante. 1 – Ação de indenização proposta com base em defeito na fabricação do veículo, objeto de posterior recall, envolvido em grave acidente de trânsito. 2 – Comprovação pelo consumidor lesado do defeito do produto (quebra do banco do motorista com o veículo em movimento na estrada) e da relação de causalidade com o acidente de trânsito (perda do controle do automóvel em estrada e colisão com uma árvore), que lhe causou graves lesões e a perda total do veículo. 3 – A dificuldade probatória ensejada pela impossibilidade de perícia direta no veículo sinistrado, no curso da instrução do processo, não caracteriza cerceamento de defesa em relação ao fabricante. 4 – Inocorrência de violação às regras dos incisos II e III do § 3.º do artigo 12 do CDC. 5 – Precedente desta Corte. 6 – Recurso especial desprovido.” (STJ, REsp 1.168.775/RS, 3.ª T., j. 10.04.2012, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, *DJe* 16.04.2012).

124. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 267.

125. “Civil e processual. Ação de indenização. Assalto a ônibus seguido de estupro de passageira. Caso fortuito. Configuração. Preposto. Omissão no socorro à vítima. Responsabilidade da transportadora. I. A 2.ª Seção do STJ, no julgamento do REsp 435.865/RJ (rel. Min. Barros Monteiro, por maioria, *DJU* 12.05.2003), uniformizou entendimento no sentido de que constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora, assalto a mão armada ocorrido dentro de veículo coletivo. II. Caso, entretanto, em que a prova dos autos revelou que o motorista do ônibus era indiretamente vinculado a dois dos assaltantes e que se houve com omissão quando deixou de imediatamente buscar o auxílio de autoridade policial, agravando as lesões de ordem física, material e moral acontecidas com a passageira, pelo que, em tais circunstâncias, agiu com culpa a ré, agravando a situação da autora, e por tal respondendo civilmente, na proporção desta omissão. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido” (STJ, REsp 402.227/RJ, 4.ª T., j. 07.12.2004, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, *DJU* 11.04.2005, p. 305).

lidade de redução do *quantum* da indenização.¹²⁶ Da mesma forma não afasta a responsabilidade do fornecedor o fato meramente acidental do consumidor, exigindo-se, para tal finalidade, que o ato seja exclusivo e que seja praticado culposamente, ou seja, movido por dolo, negligência ou imprudência.¹²⁷

A demonstração da existência da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro deve ser cabalmente demonstrada pelo fornecedor para eximir-se da responsabilidade.¹²⁸ Ou seja, há imputação objetiva de responsabilidade do fornecedor, cabendo a ele desincumbir-se do ônus de provar a existência destas excludentes.

No caso de culpa de terceiro, note-se que ao mesmo tempo em que a responsabilidade do fornecedor é afastada, este terceiro, uma vez tendo sido demonstrado o vínculo lógico da sua conduta com o dano causado, poderá ser reconhecido como legítimo para ser demandado na correspondente ação indenizatória da vítima. A posição de terceiro, neste sentido, é admitida a todo aquele que, não participando da cadeia de fornecimento, realiza conduta que dá causa ao evento danoso de modo independente da conduta do fornecedor ou do defeito. Ou para dizer

126. No mesmo sentido: SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 275.
127. "Recurso especial. Responsabilidade civil. Ação de indenização. Danos materiais. Saques indevidos em conta-corrente. Culpa exclusiva da vítima. Artigo 14, § 3.º do CDC. Improcedência. 1 – Conforme precedentes desta Corte, em relação ao uso do serviço de conta-corrente fornecido pelas instituições bancárias, cabe ao correntista cuidar pessoalmente da guarda de seu cartão magnético e sigilo de sua senha pessoal no momento em que deles faz uso. Não pode ceder o cartão a quem quer que seja, muito menos fornecer sua senha a terceiros. Ao agir dessa forma, passa a assumir os riscos de sua conduta, que contribui, à toda evidência, para que seja vítima de fraudadores e estelionatários (REsp 602.680/BA, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 16.11.2004; REsp 417.835/AL, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 19.08.2002). 2 – Fica excluída a responsabilidade da instituição financeira nos casos em que o fornecedor de serviços comprovar que o defeito inexistiu ou que, apesar de existir, a culpa é exclusiva do consumidor ou de terceiro (artigo 14, § 3.º do CDC). 3 – Recurso conhecido e provido para restabelecer a r. sentença" (STJ, REsp 601.805/SP, 4.ª T., j. 20.10.2005, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 14.11.2005, p. 328).
128. "Civil. Processual civil. Recurso especial. Instalação fraudulenta de linhas telefônicas. Responsabilidade objetiva e solidária das empresas prestadoras de serviço de telefonia, EMBRATEL e Brasil Telecom. Inscrição indevida do nome da autora no SPC. Artigo 14, § 3.º, II, do CDC. Culpa exclusiva de terceiro não comprovada. Sucumbência recíproca. Inocorrência. 1. No pleito em questão, as instâncias ordinárias concluíram que restou comprovada a responsabilidade objetiva e solidária das duas empresas prestadoras de serviço de telefonia, pela instalação fraudulenta de linhas telefônicas e inscrição indevida do nome da autora no SPC: "esta obrigação de checar a veracidade e fidedignidade dos dados dos clientes não é somente da empresa de telefonia local, mas também da Embratel, sendo solidária a responsabilidade entre ambas pela segurança e eficiência do serviço, visto que esta utiliza os dados cadastrais fornecidos pela Brasil Telecom e se beneficia economicamente dos serviços telefônicos prestados" (fls. 270). Ademais, como ressaltado no v. acórdão, a inscrição indevida do nome da autora no SPC, foi promovida "tanto pela Brasil Telecom S/A – Filial DF, como pela Embratel", conforme se verifica nos documentos de fls. 25 (fls. 270). 2. Destarte, não ocorreu, comprovadamente, as hipóteses elencadas no artigo 14, § 3.º, II, do CDC, quanto à alegada culpa exclusiva de terceiro, ou seja, *in casu*, da Brasil Telecom. 3. Conforme entendimento firmado nesta Corte, "nas reparações por dano moral, como o juiz não fica jungido ao quantum pretendido pelo autor na exordial, ainda que o valor fixado seja inferior ao pleiteado pela parte, não há que se falar de sucumbência recíproca". Precedentes. 4. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 820.381/DF, 4.ª T., j. 21.03.2006, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 02.05.2006, p. 338). Em sentido semelhante: STJ, AgRg no AREsp 318.307/PE, 4.ª T., j. 25.02.2014, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 05.03.2014.

melhor, só é admitido como terceiro quem não participa da cadeia de fornecimento.¹²⁹ Assim, se a causa do dano decorrer da conduta de um integrante da cadeia de fornecimento, agente econômico que se vincula ao fornecedor direto imediatamente por contrato, ou de forma mediata, associando-se a outro parceiro negocial de modo a viabilizar a atividade negocial do fornecedor direto, não há de se cogitar nesta hipótese o afastamento da responsabilidade. Seguindo este entendimento, de modo didático, pronuncia-se o STJ: “A empresa que integra, como parceira, a cadeia de fornecimento de serviços é responsável solidária pelos danos causados ao consumidor por defeitos no serviço prestado”.¹³⁰

Ambas as situações, culpa exclusiva do consumidor, ou culpa exclusiva de terceiro, são hipóteses que têm o condão de afastar o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do fornecedor ao introduzir o produto ou serviço no mercado, e que inclusive poderão ser defeituosos, porém não será esta a causa do evento danoso em questão. Note-se, da mesma forma, que embora a legislação tenha feito uso da expressão culpa de terceiro, a rigor, deve-se entender neste caso o fato de terceiro, que culposo ou não, serve para romper o nexo de causalidade entre o a conduta do fornecedor e o evento danoso, vinculando-o logicamente a outra causa. O que se exige, destaque-se, é culpa exclusiva, e não concorrente, seja esta concorrência entre fornecedor e consumidor ou entre fornecedor e terceiro,¹³¹ hipóteses em que não se vê afastada a respon-

129. Assim, por exemplo, o caso em que o STJ excluiu a responsabilidade de administradora de shopping center e de empresa que explorava sala de cinema onde em cuja sessão um atirador abriu fogo contra os presentes: REsp 1133731/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª Turma, j. 12.08.2014, *DJe* 20.08.2014; REsp 1384630/SP, rel. p/ Acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3.ª T., j. 20.02.2014, *DJe* 12.06.2014. Em sentido contrário, registre-se o voto vencido do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, para quem: “é cabível condenar shopping center ao pagamento de indenização por dano moral a vítima de disparos de arma de fogo efetuados em sala de cinema nele localizada quando reconhecida a negligência da segurança do estabelecimento comercial. Isso porque não há que se falar em fato exclusivo de terceiro a afastar o nexo de causalidade. E, por ser a prestação de segurança aos bens e à integridade física do consumidor inerente à atividade comercial desenvolvida pelo shopping center, segundo a teoria do risco da atividade, há responsabilidade do estabelecimento comercial pelos danos causados”.
130. STJ, AgRg no Ag 1.153.848/SC, 3.ª T., j. 12.04.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 27.04.2011. No mesmo sentido: STJ, AgRg no AREsp 214.864/SP, 4.ª T., j. 27.03.2014, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, *DJe* 09.04.2014.
131. “Civil. Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Falsificação da assinatura do autor em contrato de financiamento de veículo. Participação de funcionários da CEF. Ação de busca e apreensão. Quantum indenizatório. Redução. 1. Não prospera a alegada infringência ao artigo 14, § 3.º, II, do CDC, ao argumento de que houve culpa exclusiva de terceiros. Com efeito, o Tribunal a quo, com base nos elementos fático-probatórios trazidos aos autos, concluiu “que o contrato fraudulento se deu com a participação concorrente dos gerentes da CEF, que sabiam da utilização indevida dos documentos do autor. A ação de busca e apreensão, por sua vez, foi ajuizada pelos advogados da CEF (fls. 234, 237). 2. As instâncias ordinárias concluíram que os danos morais sofridos pelo autor, em decorrência da indevida ação de busca e apreensão, restaram configurados. O nexo causal, consoante os termos do v. acórdão recorrido, “dispensa maiores esforços para demonstrar a relação íntima existente entre o ato praticado pela instituição bancária e o dano resultante desta ação”. (...) Ademais, “constam dos autos elementos suficientes a evidenciar a situação vexatória em que se viu exposto o querelante ao ter de responder um processo referente a um contrato que não firmou, inclusive com expedição de ofícios a DETRAN, delegacias, Polícia Rodoviária. Situação essa bastante constrangedora para o cidadão que preza seu bom conceito na sociedade, como, decerto, é o caso do autor, trabalhador humilde e honesto” (fls. 201). 3. Como ressaltado na r. sentença, confirmada pelo v. acórdão recorrido, (fls. 203) “não foram causados grandes contra-

sabilidade do fornecedor pela indenização dos danos. Assim, por exemplo, é o caso da responsabilidade pelo fato do serviço decorrente de acidentes de trânsito causados por animais na pista. Não se há de imputar a culpa pela presença do animal apenas ao fornecedor, havendo de se identificar também na conduta do dono do animal, se houver, parcela de contribuição no resultado danoso. Contudo, esta “culpa” não será exclusiva, uma vez que se há de exigir da concessionária da via (quando sob o regime de concessão, e, portanto sob a vigência do CDC), o dever de segurança no fornecimento do serviço. Descumprido este, será imputado o dever de indenizar,¹³² inclusive – segundo a jurisprudência – quando se trate de equiparação a consumidor, os terceiros não usuários, que tenham sido vítimas do evento danoso.¹³³

tempos ao autor em razão da ação de busca e apreensão, o qual se limitou a comparecer a uma audiência e fornecer material para a realização do laudo grafotécnico. Não houve divulgação da questão pela imprensa ou investigações policiais. Além disso, a lide foi rapidamente solucionada, pois – consoante depoimento de fls. 181 – o autor teve ciência da ação em 1997 e já em fevereiro de 1998 a sentença de improcedência era prolatada (documento de fls. 66/69)”. Destarte, o valor fixado pelo Tribunal de origem, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 4. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido” (STJ, REsp 654.130/PE, 4.ª T., j. 25.10.2005, rel. Min. Jorge Scartezzini, DJU 21.11.2005, p. 244).

132. Neste sentido, decidiu o STJ: “Recurso especial. Acidente em estrada. Animal na pista. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Código de defesa do consumidor. Precedentes. Conforme jurisprudência desta 3.ª Turma, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista. Recurso especial provido” (STJ, REsp 647.710/RJ, 3.ª T., j. 20.06.2006, rel. Min. Castro Filho, DJU 30.06.2006, p. 216).
133. “Responsabilidade civil. Recurso especial. Atropelamento fatal. Travessia na faixa de pedestre. Rodovia sob concessão. Consumidora por equiparação. Concessionária rodoviária. Responsabilidade objetiva em relação a terceiros usuários e não usuários do serviço. Art. 37, § 6º, CF. Via em manutenção. Falta de iluminação e sinalização precária. Nexa causal configurado. Defeito na prestação do serviço configurado. Culpa exclusiva da vítima. Inocorrência. Indenização por danos materiais e morais devidos. (...) 3. No caso, a autora é consumidora por equiparação em relação ao defeito na prestação do serviço, nos termos do art. 17 do Código consumerista. Isso porque prevê o dispositivo que ‘equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento’, ou seja, estende o conceito de consumidor àqueles que, mesmo não tendo sido consumidores diretos, acabam por sofrer as consequências do acidente de consumo, sendo também chamados de *bystanders*. 4. ‘A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6.º, da Constituição Federal’ (RE 591.874, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 26.08.2009, Repercussão Geral – Mérito DJe-237 Divulg 17.12.2009 Public 18.12.2009). 5. Na hipótese, a menor, filha da recorrente, faleceu ao tentar atravessar na faixa de pedestre, em trecho da BR-040 sob concessão da ré, tendo a sentença reconhecido a responsabilização da concessionária, uma vez que ‘o laudo pericial da polícia judiciária bem apontou que o local do atropelamento é “desprovido de iluminação pública”, “com sinalização vertical e horizontal precária devido à manutenção da via”, tendo se descurado de sua responsabilidade na “obrigação direta de manutenção da rodovia”, admitindo a ré ‘a deficiência de seu serviço no local, quando apressou-se depois e instalou passarela destinada a pedestres naquele trecho’, além do fato de não haver prova da culpa exclusiva da vítima. Caracterizado, portanto, o nexa causal, dando azo a responsabilização civil (...)’ (STJ, REsp 1.268.743/RJ, 4.ª T., j. 04.02.2014, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 07.04.2014).

Daf é que, com relação a esta culpa ou fato de terceiro, deve-se observar algumas questões importantes. Em primeiro lugar, constata-se que, embora não consagrada expressamente como regra genérica de exclusão de responsabilidade no regime comum (Código Civil), assume este papel em face da circunstância lógica de romper com a relação de causa e efeito entre a conduta do fornecedor originariamente responsável, e o dano causado aos consumidores-vítimas. A causa do dano, portanto, é apenas possível no plano dos fatos de ser imputada ao terceiro, não se identificando qualquer contribuição do fornecedor, seja por ação, seja por omissão, na ausência de comportamento concreto condizente com o dever de segurança que lhe é imputado.

Em segundo lugar, no regime do CDC, por terceiro deve ser considerado apenas quem não faça parte, de qualquer modo, da cadeia de fornecimento. Assim, por exemplo, não se poderá considerar como terceiro o comerciante, o distribuidor ou o varejista, que integram a cadeia de fornecimento, para efeito de exclusão da responsabilidade dos fornecedores mencionados no *caput* do artigo 12 (fabricante, produtor, importador).¹³⁴ Alguma polêmica resta no que se refere à consideração do comerciante como terceiro, uma vez que as hipóteses de sua responsabilização estão previstas expressamente no artigo 13 do CDC, como situações, em regra, de responsabilidade subsidiária.¹³⁵

Parece-nos, contudo a posição mais acertada aquela que não admite a qualificação como terceiro de qualquer dos integrantes da cadeia de fornecimento, dentre os quais o comerciante. Sustentamos nosso entendimento em razões de ordem teórica e prática, já examinadas vivamente pela doutrina brasileira. Em primeiro lugar, o fato do tratamento diferenciado do comerciante com relação aos demais integrantes da cadeia de fornecimento (artigo 13 do CDC) – passível de alguma crítica – não se confunde com o regime de excludentes do artigo 12, que imputa a responsabilidade pelo fato do produto aos fornecedores ali referidos. Em outros termos, uma coisa é a determinação das hipóteses de responsabilização do comerciante previstas no artigo 13. Outra são as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fabricante, construtor, produtor ou importador, previstas no artigo 12, § 3.º. Não se admitir o comerciante como terceiro no regime do artigo 12, § 3.º, permite restringir as hipóteses de não responsabilização do

134. "Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido. "Arrozina Tradicional" vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda. Vício de segurança. Responsabilidade do fabricante. Possibilidade. Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro. - Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em risco a saúde de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhe gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no artigo 12 do CDC. O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo. A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante. Recurso especial não provido" (STJ, REsp 980.860/SP, 3.ª T., j. 23.04.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 02.06.2009).

135. Afastam a condição de terceiro do comerciante, dentre outros: BENJAMIN, Antonio Herman. *Código de proteção do consumidor...*, 1991, p. 66; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo...*, p. 241; RIZZATTO NUNES. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 272-273; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 282; ROCHA, Sílvia Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor...*, p. 107. Em sentido contrário: DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 190.

fornecedor àquelas em que o terceiro é completamente estranho à atividade econômica em questão (fornecimento de produtos e serviços), e, portanto, não estaria de qualquer modo vinculado aos agentes envolvidos na mesma. Neste sentido, aliás, decidiu o STJ recentemente, o indicar expressamente que a atribuição de responsabilidade do comerciante nas hipóteses previstas no artigo 13 do CDC não serve para afastar a responsabilidade do fabricante, mas apenas para expandir a legitimação passiva da ação indenizatória em favor do consumidor. O caso dizia respeito à colocação para venda de alimento para bebês com a validade vencida, e que em face da aquisição e consumo por bebês com apenas três meses de vida, deu causa ao desenvolvimento de gastroenterite aguda nos menores. Neste caso, a decisão do STJ foi taxativa ao indicar que “eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante.”¹³⁶ Trata-se, certamente, de entendimento que se coaduna com o próprio fundamento das normas de atribuição de responsabilidade civil dos artigos 12 e 13 do CDC.

Já do ponto de vista prático, a exclusão do comerciante da figura de terceiro serve à melhor proteção do consumidor-vítima dos acidentes de consumo, assegurando-lhe a possibilidade de ser efetivamente reparado dos danos que tenha sofrido. Um bom exemplo é oferecido por Paulo de Tarso Sanseverino:¹³⁷ imagine-se que um consumidor tenha demandado contra o fabricante em razão de danos causados por uma bebida estragada. O fabricante então alega que a bebida em questão foi estragada em razão de sua má-conservação no estabelecimento comercial, hipótese em que, admitindo-se o fato de terceiro (do comerciante) nesta alegação, a demanda seria julgada improcedente. Em seguida, o consumidor demandaria, pelo mesmo fato, contra o comerciante, que então comprova que conservou adequadamente o produto. A responsabilidade do comerciante, que neste caso estaria restrita à demonstração da má-conservação de produto perecível, em atendimento ao artigo 13, III, acaba não se configurando, e a demanda igualmente é julgada improcedente. Nesta situação, o consumidor ficaria sem qualquer reparação, embora tendo sido vítima de evento que caracteriza evidente acidente de consumo. Tal circunstância, em face da finalidade protetiva do CDC, e do direito básico do consumidor à efetiva reparação dos danos causados, não pode subsistir.

Daí porque se nota que as hipóteses de culpa exclusiva do consumidor ou a culpa exclusiva de terceiro (fato de terceiro), são circunstâncias que para se caracterizarem como excludentes

136. “Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido. “Arrozina Tradicional” vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda. Vício de segurança. Responsabilidade do fabricante. Possibilidade. Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro. Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em risco a saúde de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhe gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no artigo 12 do CDC. O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como terceiros estranhos à relação de consumo. A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante. Recurso especial não provido” (REsp 980860/SP, 3.ª T., j. 23.04.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 02.06.2009).

137. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade no código do consumidor...*, p. 283.

da responsabilidade do fornecedor exigem que não exista, com relação às mesmas, nenhuma espécie de participação da cadeia de fornecedores, a qualquer título. Da mesma forma, que o fato ou comportamento do consumidor ou do terceiro seja suficiente para, por si só, dar causa ao evento danoso, razão pela qual se configura como excludente. Neste sentido, observe-se que as excludentes em questão admitem como tal a culpa exclusiva, não a culpa concorrente. Sendo hipótese de concorrência de culpas, com relação à culpa concorrente do consumidor, compreensão majoritária admite a possibilidade de sua configuração como circunstância apta à redução da indenização. Já na hipótese de se caracterizar a culpa concorrente de terceiro, esta terá como efeito a formação da solidariedade passiva dentre os diversos causadores do dano, frente ao dever de indenizar o consumidor.

E por fim, na hipótese de culpa de terceiro (fato de terceiro), deve ser considerada como tal apenas aquele que não possua nenhuma espécie de vínculo, não se admitindo como terceiro, portanto, outros agentes econômicos integrantes da cadeia de fornecimento (comerciante, distribuidor, varejista), mesmo que não se impute a estes, expressamente, o dever de indenizar.

3.2.4.4 *Caso fortuito e força maior como excludentes da responsabilidade civil de consumo*

Outra questão de fundamental importância diz respeito ao reconhecimento ou não do caso fortuito ou força maior como excludentes de responsabilidade do fato do produto ou do serviço no regime do CDC. A questão se coloca na medida em que tais excludentes não constam dentre aquelas expressamente referidas no rol dos artigos 12, § 3.º, e 14, § 3.º, do CDC. Por outro lado, o artigo 393 do CC refere que “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles se responsabilizado”. E completa em seu parágrafo único: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Tais circunstâncias são consideradas, no direito civil comum, como aptas a afastar a imputação da responsabilidade, sejam pelos efeitos do inadimplemento, no âmbito de uma relação contratual, ou pelo dever de indenizar, no âmbito de uma relação de responsabilidade civil em sentido estrito.

No direito do consumidor, e em especial, na relação de responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, a questão essencial é admiti-las ou não como hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor, mesmo sem sua previsão expressa no artigo 12, § 3.º e artigo 14, § 3.º, do CDC. Em outros termos, se as hipóteses relacionadas nestes artigos são exaustivas, ou admitem ainda outras decorrentes da teoria geral da responsabilidade civil, como são o caso fortuito e a força maior.

O exato significado do que se possa considerar caso fortuito e força maior na doutrina, também é bastante controverso. Em linhas gerais, há acordo que o caso fortuito, reveste-se basicamente de duas características essenciais, quais sejam: a *necessariedade* e a *inevitabilidade*. Não exige, todavia, que seja imprevisível, ainda que em certos casos, é pelo fato de ser imprevisível que um determinado fato será inevitável, e por isso vai se configurar como caso fortuito. Já a força maior, de sua vez, é apontada por muitos autores, como vinculada à característica de exterioridade e inevitabilidade, no que não se distingue completamente daquilo que se indica também como característica do caso fortuito.

Daí porque sua referência em conjunto como hipóteses de rompimento do nexa causal, do que advém a exclusão da responsabilidade do agente que *a priori* seria imputado como res-

ponsável, deve-se mais a dificuldades de distinção conceitual entre ambas, em vista dos vários critérios determinados pela doutrina.

Atualmente, sobretudo em face da responsabilidade pelo risco, responsabilidade objetiva, nos moldes do regime estabelecido pelo CDC, doutrina e jurisprudência vem estabelecendo outra distinção, no que se refere ao caso fortuito capaz de excluir a responsabilidade do agente. Trata-se da diferenciação entre o *caso fortuito interno* e o *caso fortuito externo*, admitindo-se que apenas quando se trate da segunda hipótese (externo), existiria excludente de responsabilidade. O *caso fortuito interno* consistiria no fato "inevitável e, normalmente, imprevisível que, entretanto, liga-se à própria atividade do agente. Insere-se, portanto, entre os riscos com os quais deve arcar aquele, no exercício da autonomia privada, gera situações potencialmente lesivas à sociedade"¹³⁸ Já o caso fortuito externo é aquele fato estranho à organização ou à atividade da empresa, e que por isso não tem seus riscos suportados por ela. Com relação a este, sustenta-se sua aptidão para excluir a responsabilidade objetiva.¹³⁹

No regime de responsabilidade do CDC, a tendência parece ser o da admissão do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade do fornecedor,¹⁴⁰ ainda que não expressamente previstos dentre as causas excludentes dos artigos 12, § 3.º, e 14, § 3.º, do CDC. Neste sentido, aliás, já se posiciona boa parte da doutrina consumerista e a própria jurisprudência,¹⁴¹ identificando-se na presença do caso fortuito e da força maior um elemento de rompimento do nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e o dano, indicando a este uma outra causa.

Diga-se, por outro lado, que a falta de menção expressa do caso fortuito e da força maior dentre as causas excludentes causou discussões tanto em direito brasileiro, quanto no direito europeu, quando o mesmo silêncio foi observado pela Diretiva 85/374/CEE sobre o tema da responsabilidade pelo fato do produto. Na ocasião, assim posicionou-se, no direito português, João Calvão da Silva: "Porque a regra de direito comum é a oponibilidade à vítima da força maior, se o legislador comunitário pretendesse derogá-la devia tê-lo feito expressamente. Como não o fez e a lei portuguesa se limitou a incorporar a Diretiva, não consagrando, portanto, a exceção à oponibilidade da força maior ao lesado, deve valer a regra comum".¹⁴²

138. TEPEDINO/BARBOSA/BODIN DE MORAES. *Código civil interpretado...*, v. 1, p. 706.

139. *Idem*, *ibidem*.

140. "Ação de indenização. Estacionamento. Chuva de granizo. Vagas cobertas e descobertas. Artigo 1.277 do CC. CDC. Precedente da Corte. 1. Como assentado em precedente da Corte, o "fato de o artigo 14, § 3.º, do CDC não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do artigo 1.058 do CC" (REsp 120.647/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJ 15.05.2000). 2. Havendo vagas cobertas e descobertas é incabível a presunção de que o estacionamento seria feito em vaga coberta, ausente qualquer prova sobre o assunto. 3. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 330.523/SP, 3.ª T., j. 11.12.2001, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 25.03.2002, p. 278).

141. "Administrativo. Responsabilidade civil. Assalto em estação do metrô. Caso fortuito. 1. A empresa prestadora de serviço é responsável pelos danos causados ao usuário em decorrência do serviço ou de sua falta. 2. Foge do nexo de causalidade os eventos ocorridos em decorrência de caso fortuito ou força maior. 3. Assalto ocorrido nas escadas de acesso ao metrô não pode ser considerado como falta do serviço, equiparando-se a assalto ocorrido em transporte coletivo. 4. Recurso especial provido" (STJ, REsp 402.708/SP, 2.ª T., j. 24.08.2004, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 28.02.2005, p. 267).

142. CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor...*, p. 737.

O direito brasileiro parece seguir esta tendência,¹⁴³ observando-se ainda os esforços doutrinários em compatibilizar tais excludentes que se retiraram da teoria geral da responsabilidade civil, com a interpretação do texto normativo que não prevê expressamente a exclusão.¹⁴⁴

Todavia, refira-se, que no direito do consumidor, considerando que o regime de responsabilidade objetiva tem por fundamento o profissionalismo dos fornecedores e a existência do defeito,¹⁴⁵ admite-se atualmente a distinção entre *caso fortuito interno* e *caso fortuito externo*, segundo os termos que já estabelecemos acima. Neste sentido, de regra só é considerada excludente da responsabilidade do fornecedor o chamado caso fortuito externo, ou seja, quando o evento que dá causa ao dano é estranho à atividade típica, profissional, do fornecedor.¹⁴⁶ Apenas nesta condição estará apta a promover o rompimento do nexo de causalidade,¹⁴⁷ afastando

143. Admitindo o caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade no regime do CDC, dentre outros: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de proteção do consumidor*, 1991, p. 67; TEPEDINO, Gustavo. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo...*, p. 240-241; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 290; MARTINS, Plínio Lacerda. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil no Código do Consumidor. *RT*, n. 690. São Paulo: RT, abr. 1991, p. 287-291. Rejeitando-os como excludentes de responsabilidade, e afirmando o caráter exaustivo da enumeração do CDC: LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante...*, p. 119; NERY, Nelson. Os princípios gerais do Código brasileiro de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, p. 44-77. São Paulo: RT, set.-dez. 1992.

144. Segundo Sílvio Luiz Ferreira da Rocha, seria desnecessária menção expressa a estas excludentes, uma vez que o caso fortuito já estaria presente no CDC sob a previsão de inexistência do defeito como espécie excludente (artigo 12, § 3.º II e artigo 14, § 3.º, I), enquanto a força maior apresentaria-se, como a previsão normativa do fato de terceiro (artigo 12, § 3.º, III, e artigo 14, § 3.º, II). ROCHA, Sílvio Luiz Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto...*, p. 112-113. Já no entendimento de James Marins, são admissíveis a força maior e o caso fortuito como excludentes, contanto que não venham a ocorrer dentro do processo produtivo, situação em que não se deverá admiti-la como causa de exclusão da responsabilidade. MARINS. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*, p. 153. No mesmo sentido é o entendimento de: DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 190-191.

145. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, 2. ed., p. 263.

146. "Processual civil. Recurso especial. Ação indenizatória. Acidente de trânsito envolvendo ônibus em passagem de nível. Previsibilidade. Fato de terceiro não reconhecido. I – Na linha da jurisprudência deste Tribunal, o fato de terceiro que exclui a responsabilidade do transportador é aquele imprevisto e inevitável, que nenhuma relação guarda com a atividade inerente à transportadora. II – Não afasta a responsabilidade objetiva da ré o fato de terceiro, equiparado a caso fortuito, que guarda conexão com a exploração do transporte. No caso, está dentro da margem de previsibilidade e risco o acidente provocado por abalroamento entre ônibus e vagão em passagem de nível. Recurso especial não conhecido" (STJ, 3.ª T, REsp 427.582/MS, rel. Min. Castro Filho, j. 28.10.2004, DJU 17.12.2004, p. 515). No mesmo sentido: STJ, REsp 1045775/ES, 3.ª T., j. 23.04.2009, rel. Min. Massami Uyeda, DJe 04.08.2009).

147. "Processo civil. Agravo de instrumento. Negativa de provimento. Agravo regimental. Indenização por danos morais. Assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade da empresa transportadora. Súmula 83/STJ. Desprovimento. I – Este Tribunal já proclamou o entendimento de que, fato inteiramente estranho ao transporte (assalto à mão armada no interior de ônibus coletivo), constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. Precedentes (REsp 402.227/RJ, 435.865/RJ e 264.589/RJ). 2 – Aplicável, portanto, à hipótese, o enunciado sumular de n. 83/STJ. 3 – Agravo Regimental conhecido, porém, desprovido" (STJ, AgRg no Ag 516.847/RJ, 4.ª T., j. 14.09.2004, rel. Min. Jorge Scartezini, DJU 08.11.2004, p. 237).

*totalmente*¹⁴⁸ a conduta do fornecedor como causadora do dano sofrido pelo consumidor.¹⁴⁹ Não será este o caso, por exemplo, dos danos causados por assaltos a banco,¹⁵⁰ no qual se vai considerar o caráter previsível do evento em razão da atividade desenvolvida¹⁵¹, ou da fraude cometida por terceiros para abertura de conta corrente ou obtenção de empréstimos, inerente ao risco da instituição.¹⁵² não afastando, deste modo, em nenhum destes casos, a responsabilidade do fornecedor. Neste sentido, a Súmula 479 do STJ, de agosto de 2012, que consolidando o entendimento da jurisprudência brasileira sobre o tema, definiu que: “as instituições financeiras

148. “Direito processual civil e do consumidor. Recurso especial. Roubo de talonário de cheques durante transporte. Empresa terceirizada. Uso indevido dos cheques por terceiros posteriormente. Inscrição do correntista nos registros de proteção ao crédito. Responsabilidade do banco. Teoria do risco profissional. Excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços. Artigo 14, § 3.º, do CDC. Ônus da prova. – Segundo a doutrina e a jurisprudência do STJ, o fato de terceiro só atua como excludente da responsabilidade quando tal fato for inevitável e imprevisível. – O roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constitui causa excludente da sua responsabilidade, pois trata-se de caso fortuito interno. – Se o banco envia talões de cheques para seus clientes, por intermédio de empresa terceirizada, deve assumir todos os riscos com tal atividade. – O ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de serviços, previstas no artigo 14, § 3.º, do CDC, é do fornecedor, por força do artigo 12, § 3.º, também do CDC. Recurso especial provido” (STJ, REsp 685.662/RJ, 3.ª T., j. 10.11.2005, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 05.12.2005, p. 323).
149. “Direito civil. Responsabilidade civil. Explosão de bomba em composição ferroviária. Fato de terceiro. Caso fortuito. O depósito de artefato explosivo na composição ferroviária por terceiro não é fato conexo aos riscos inerentes do deslocamento, mas constitui evento alheio ao contrato de transporte, não implicando responsabilidade da transportadora. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 589.051/SP, 4.ª T., j. 23.03.2004, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 13.09.2004, p. 258).
150. “Responsabilidade civil. Morte de menor. Assalto à agência bancária. Indenização. Dano moral. Quantum indenizatório. Razoabilidade. Despicienda a análise de eventual conduta culposa por parte da instituição financeira-recorrente, visto ser objetiva a sua responsabilidade em hipóteses como a dos autos. Demais disso, em razão da previsibilidade, não configura o roubo evento de força maior, como pretendido. O valor arbitrado a título de danos morais pelos juízos ordinários não se revela exagerado ou desproporcional às peculiaridades da espécie, não justificando, portanto, a excepcional intervenção desta Corte para rever o quantum indenizatório. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 694.153/PE, 4.ª T., j. 28.06.2005, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 05.09.2005, p. 429).
151. De interesse a decisão do STJ que reconhece a responsabilidade da instituição financeira em razão de sua atividade típica e não do local de ocorrência do dano, em situação de roubo de malotes que se deu na rua, em frente à agência bancária, produzindo danos a terceiros: REsp 1098236/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, 4.ª Turma, j. 24.06.2014, DJe 05.08.2014. Mencione-se, ainda, decisão do STJ reconhecendo a responsabilidade de banco em razão de negligência da instituição financeira ao admitir saque de alto valor da conta corrente, sem adoção de quaisquer cautelas, durante sequestro do cliente por expressiva organização criminosa: STJ, REsp 1374726/MA, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 18.02.2014, DJe 08.09.2014.
152. “Recurso especial representativo de controvérsia. Julgamento pela sistemática do artigo 543-C do CPC. Responsabilidade civil. Instituições bancárias. Danos causados por fraudes e delitos praticados por terceiros. Responsabilidade objetiva. Fortuito interno. Risco do empreendimento. 1. Para efeitos do artigo 543-C do CPC: As instituições bancárias respondem objetivamente pelos danos causados por fraudes ou delitos praticados por terceiros – como, por exemplo, abertura de conta-corrente ou recebimento de empréstimos mediante fraude ou utilização de documentos falsos –, porquanto tal responsabilidade decorre do risco do empreendimento, caracterizando-se como fortuito interno. 2. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1.199.782/PR, 2.ª Seção, j. 24.08.2011, rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 12.09.2011).

ras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias”.

3.2.5 O risco do desenvolvimento

Os chamados *riscos do desenvolvimento* são aqueles que se constatarem apenas após o ingresso do produto ou do serviço no mercado de consumo, em face de melhorias ou avanços científicos e técnicos que permitem a identificação do defeito já existente do produto ou serviço, mas não identificável pelo fornecedor. O critério básico para que se considere que um determinado defeito seja identificável ou não pelo fornecedor é o chamado *estado da ciência*, ou *estado de conhecimento da ciência e da técnica*. O artigo 12, § 1.º, III, do CDC, estabelece dentre os critérios de valoração para a avaliação sobre a presença ou não de defeito, “a época e que foi colocado no mercado”.

O estado da ciência e da técnica, como ensina Adalberto Pasqualotto, “implica saber se, levando em conta os conhecimentos disponíveis no momento em que um produto entrou em circulação, é possível detectar a presença de um defeito”.¹⁵³ Acresce-se a tal critério, ainda, o que dispõe o artigo 10 do CDC, segundo o qual, “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”. De modo complementar, observa-se que o artigo 12, § 2.º, estabelece que um determinado produto não se configura como defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

No direito europeu, a Diretiva 85/374/CEE expressamente previu os riscos do desenvolvimento como hipótese excludente da responsabilidade do produtor (artigo 7.º, alínea “e”), ainda que tenha permitido aos países-membros da Comunidade Europeia que, ao tempo em que incorporassem as normas da diretiva, poderiam derrogar a hipótese excludente.¹⁵⁴ Isto porque se tratou a matéria de uma das mais controversas levada à discussão no contexto de aprovação da norma comunitária, razão pela qual se estabeleceu uma solução de compromisso.¹⁵⁵

No direito norte-americano, de sua vez, sobretudo por pressões dos fornecedores, em especial das seguradoras que vinham suportando o pagamento de altos valores de indenização, a tendência jurisprudencial de reconhecimento da responsabilidade do fornecedor, mesmo pelos riscos do desenvolvimento – com fundamento na *strict liability* – inverteu-se

153. PASQUALOTTO, Adalberto. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Revista da Ajuris: Responsabilidade civil*. Porto Alegre: Ajuris, s/d, p. 7-24. Para o exame dos desafios da inovação tecnológica e os riscos do desenvolvimento, veja-se: FACCHINI NETO, Eugênio. Inovação e responsabilidade civil: os riscos do desenvolvimento no direito contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovanni Agostini. LUPION, Ricardo (Org.) *Direitos fundamentais, direito privado e inovação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012. p. 95 e ss.

154. Assim o artigo 7.º da Diretiva: “O produtor não é responsável, nos termos da presente diretiva se provar: e) que o estado dos conhecimentos técnicos no momento da colocação em circulação do produto, não lhe permitiu detectar a existência do defeito”. Já o artigo 15 da Diretiva, prevê: “1 Qualquer Estado-membro pode: (...) b) do artigo 7.º, manter ou, sem prejuízo do procedimento previsto no número 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito”.

155. CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor...*, p. 505.

a questão, passando os Tribunais a reconhecê-la como causa de exclusão.¹⁵⁶ Decisão de relevo apontando esta tendência foi o caso *Brown vs. Abbott Laboratories*, pelo qual a Suprema Corte da Califórnia excluiu a responsabilidade da empresa Abbott pelos danos causados por um medicamento que, utilizado com o fim de evitar abortos involuntários, deu causa a tumores vaginais nas consumidoras. Neste caso, afastou-se a aplicação da *strict liability* em face do interesse público identificado no desenvolvimento de novos medicamentos, os quais, ainda que apresentem sérios riscos à saúde, tem o objetivo maior de salvar vidas. Ao mesmo tempo, sustentou-se que tornar o fornecedor responsável por um perigo impossível de ser conhecido pelo estado atual do conhecimento, seria torná-lo espécie de segurador virtual do produto.¹⁵⁷

Na França, uma série de decisões acerca da responsabilidade dos fabricantes, em especial no que diz respeito a danos causados pelo uso de medicamentos, pelas quais se imputou a responsabilidade e afastou a causa exonerativa de que se tratava de riscos do desenvolvimento, portanto desconhecidos pelo produtor. A partir do que a doutrina especializada passa a considerar que os riscos do desenvolvimento não mais se caracterizam como causa de exoneração de responsabilidade do produtor no direito francês.¹⁵⁸

A responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento ou sua admissão como hipótese excludente, como se vê, apresenta uma série de problemas práticos. Primeiro, importa em um entendimento preciso sobre a distribuição dos riscos no mercado de consumo. Isto implica posicionar-se com relação a quem deve suportar estes riscos e qual o limite desta responsabilidade. Porque não se duvida que a responsabilidade do fornecedor, por si, não o impede de repassar e diluir os custos dos riscos que venha a suportar no preço de seus produtos e serviços. A estrutura do mercado de consumo assim o admite. Todavia, com relação aos riscos do desenvolvimento, do que se reclama é sobre a relativa imprevisibilidade destes riscos. Trata-se de danos imponderáveis quanto a sua ocorrência e extensão, razão pela qual a simples imputação de responsabilidade ao fornecedor romperia com a lógica do sistema de admissão do risco, em face da possibilidade de sua previsão e internalização como custo da atividade comercial, repassada ao mercado por intermédio da fixação dos preços.

Por outro lado, o argumento em favor da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento afirma que sua eventual admissão como excludente tem por consequência a transferência do risco do consumidor para a vítima, na medida em que à irresponsabilidade do fornecedor corresponderá a transferência do risco e do dano pelo consumidor-vítima de evento causado por defeito até então desconhecido.¹⁵⁹ Os argumentos em favor da responsabilização do fornecedor, e contra a qualificação dos riscos do desenvolvimento como excludentes, situam-se desde a sua consideração como espécie de caso fortuito interno (que por isso não elidiria a responsabilidade),¹⁶⁰ até sua indicação sob a abrangência da garantia geral do CDC quanto a

156. Um argumento utilizado para sustentar a existência de um entendimento favorável aos profissionais, no sistema norte-americano, é o de que, em razão da utilidade social dos medicamentos e a necessidade, é necessário, para que haja sua produção e distribuição em larga escala, assegurar a saúde financeira dos fabricantes. BORGHETTI. *La responsabilité du fait des produits...*, p. 61.

157. CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 192.

158. BORGHETTI. *La responsabilité du fait des produits...*, p. 412-413.

159. LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*, p. 248.

160. CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 438.

qualquer espécie de dano, como efeito do princípio da solidariedade.¹⁶¹ Outra linha de argumentação seria a de que os riscos do desenvolvimento não constam expressamente dentre as causas excludentes previstas no artigo 12, § 3.º, e artigo 14, § 3.º, razão pela qual não poderiam ser admitidos como tal,¹⁶² sobretudo em consideração de que estavam presentes os pressupostos da responsabilidade ao tempo da ação do fornecedor (introdução do produto no mercado), inclusive do defeito, que apenas não seria conhecido neste instante. Neste sentido, tratando-se de um sistema de responsabilidade objetiva, não existiria razão para afastar, por esta causa, a responsabilidade por tais riscos.

Por outro lado, há o entendimento dos que sustentam que o fornecedor, não havendo expressa previsão legal que o proíba de oferecer produtos acerca dos quais eventuais riscos sejam desconhecidos, segundo o estado da técnica do momento em que são colocados no mercado, exime qualquer espécie de responsabilidade. Neste sentido, sustenta-se que o artigo 10 do CDC, ao estabelecer a vedação a que o fornecedor ofereça no mercado produtos que saiba ou devesse saber apresentar alto grau de periculosidade ou nocividade, exclui por interpretação em contrário, a responsabilidade, uma vez que não há, com relação aos riscos do desenvolvimento, um dever de conhecimento sobre o seu defeito existente, no momento em que o produto é introduzido no mercado.¹⁶³

Atualmente, portanto, divide-se a doutrina especializada com relação à responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. Há inclusive os que sustentam a necessidade de alteração legislativa do CDC, visando maior precisão do tratamento legislativo da matéria.¹⁶⁴ Em nosso entendimento, todavia, dois são os argumentos básicos pelos quais parece-nos que os riscos do desenvolvimento encontram-se sob a égide da responsabilidade do fornecedor. Em primeiro lugar, um argumento de ordem técnico-legislativa é a circunstância de que o rol de excludentes de responsabilidade previstas no artigo 12, § 3.º, e 14, § 3.º, ao não incluir os riscos do desenvolvimento, não permite que sejam considerados, *praeter legem*, circunstâncias que afastam a responsabilidade do fornecedor. A previsão normativa do artigo 12, § 1.º, III, que estabelece dentre as circunstâncias relevantes a serem consideradas para determinação de um produto como defeituoso ou não, “a época em que foi colocado em circulação” constitui critério de valoração para identificação e definição do defeito. Não pode ser confundida, deste modo, com hipótese de exclusão de responsabilidade, sob pena de subverter a sistemática do CDC. Assim também, o artigo 12, § 2.º, ao estabelecer que “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado”. Neste caso, não se trata, mais uma vez, de uma excludente de responsabilidade, mas de uma excludente de um critério de definição do conceito de defeito e de produto defeituoso, a exemplo do que ocorre com o

161. PASQUALOTTO, Adalberto. *A responsabilidade civil do fabricante...*, p. 23.

162. ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor...*, p. 111.

163. Neste sentido é o entendimento de Fábio Ulhôa Cappelletti. *O empresário e os direitos do consumidor...*, p. 86.

164. Sugere Marcelo Calixto, na conclusão de sua dissertação sobre o tema, o reconhecimento da responsabilidade do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, mas com a solução, *de lege ferenda*, da adoção de prazo máximo de extensão desta responsabilidade, de dez anos. CALIXTO, Marcelo. *Responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*, p. 251-252. Apondo a insuficiência da previsão normativa do CDC sobre a matéria: TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 2, p. 41-75. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2002; e SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 320.

artigo 14, § 2.º, quando estabelece que “o serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas”.

Pode-se entender, entretanto, que a exegese destas disposições conduziria não a uma excludente de responsabilidade do fornecedor, mas à conclusão de inexistência do defeito, como requisito da responsabilidade civil pelo fato do produto ou do serviço. O argumento, sem dúvida, é sedutor. Contudo, considerando-se que, em regra, ao se tratar das situações abrangidas pelos riscos do desenvolvimento, se estará referindo a defeito intrínseco ao produto, em geral decorrente do momento de sua criação ou concepção, tais defeitos a princípio já estarão presentes, como espécies de defeitos de concepção, ainda que não perceptíveis *a priori*. O que ocorre apenas é que, de acordo com o estado da ciência e da técnica, apenas com o desenvolvimento de novos conhecimentos é que este defeito vem a ser percebido. Considere-se, ainda, que o próprio Código Civil, ao dispor em seu artigo 931 sobre a responsabilidade do empresário pelos danos causados por produtos (não faz referência a serviços), afasta, *a priori*, qualquer restrição ou condicionamento ao dever de indenizar, no que se incluem os riscos do desenvolvimento. Não está claro, contudo, qual será o sentido que a jurisprudência indicará à esta disposição do Código Civil de 2002, em especial em relação à sua compatibilidade com o CDC.

Por outro lado, é necessário igualmente considerar um segundo argumento, relativo à garantia de efetividade do direito do consumidor. Não se pode desconsiderar que o legislador do CDC, ao estabelecer o regime da responsabilidade objetiva e restringir as hipóteses de exclusão da responsabilidade do fornecedor, teve por finalidade a máxima extensão para o consumidor da proteção contra os riscos do mercado de consumo. Neste sentido, imputou ao fornecedor o ônus de suportar tais riscos, sobretudo por sua capacidade de internalizar os custos que estes representam, e distribuí-los por intermédio do sistema de fixação de preços. A simples exclusão dos riscos do desenvolvimento significaria, em última análise, imputar ao consumidor-vítima de um acidente de consumo o ônus de suportar o próprio dano, o que se afasta completamente do sistema protetivo adotado pelo CDC. Daí porque nos parece, no sistema atual, consagrada a responsabilidade do fornecedor pelos chamados riscos do desenvolvimento.

3.2.6 *Solidariedade da cadeia de fornecimento*

Dentre as diversas regras de proteção e garantia do ressarcimento de danos do consumidor-vítima dos acidentes de consumo está a previsão normativa expressa da solidariedade da cadeia de fornecimento. Estabelece o artigo 7.º, parágrafo único, do CDC: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”. Por outro lado, distingue-se, ligeiramente, as previsões normativas relativas à responsabilidade pelo fato do produto (artigo 12) e a responsabilidade pelo fato do serviço (artigo 14). No caso da norma relativa à responsabilidade pelo fato do produto, optou o legislador do CDC por indicar quais seriam os agentes econômicos da cadeia de fornecimento responsáveis solidariamente pelo dever de reparar danos aos consumidores. Referiu, assim, que “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador, respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores (...)”. Indica, portanto, expressamente, os agentes econômicos responsáveis pelo dever de reparação.

No caso da responsabilidade pelo fato do serviço, até pelas dificuldades eventuais em denominar com precisão todos os eventuais agentes da cadeia de fornecimento dos diferentes serviços ofertados no mercado de consumo, a norma do artigo 14 do CDC foi mais abrangente

ao dispor: "O fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores (...)"¹⁶⁵. Neste caso, à exclusão dos profissionais liberais, que terão regime de responsabilidade própria, de natureza subjetiva (artigo 14, § 4.º), os demais participantes da cadeia de fornecimento de serviços qualificam-se, nos termos da norma, como fornecedores de serviço, enquadrando-se na referência expressa prevista no artigo 14, *caput*, do CDC. E mesmo em relação aos profissionais liberais, havendo relação de preposição, para o que é desnecessário mesmo a existência de contrato de trabalho entre o fornecedor e o profissional, mas mera relação de subordinação, tal circunstância, por si, induz a solidariedade.¹⁶⁵

A solidariedade pela obrigação de indenizar que resulta do disposto nos arts. 12 e 14 do CDC, é solidariedade legal, ou solidariedade, por expressa imputação legal. Ela pode resultar, contudo, também na hipótese em que a causa do dano ao consumidor possa ser atribuída a mais de uma pessoa.

A responsabilidade solidária, no caso, caracteriza espécie de obrigação solidária passiva dos fornecedores referidos na norma, todos coobrigados pelo dever de reparação dos danos aos consumidores; é situação em que na mesma obrigação concorre mais de um devedor, cada um sendo obrigado pela dívida toda (artigo 264 do CC). Neste sentido, assiste ao credor (no caso o consumidor, credor da indenização) exigir de um ou de alguns devedores a dívida comum (artigo 275 do CC). Trata-se, portanto, de espécie de solidariedade passiva, expressamente prevista em lei.

No caso do CDC, o fundamento da responsabilidade solidária dos fornecedores é o princípio da confiança, superando a estrita divisão entre a responsabilização dos indivíduos ligados ou não por vínculos contratuais, em vista da proteção efetiva da saúde e segurança dos consumidores.¹⁶⁶ Entretanto, destaque-se que a prerrogativa de formar o polo passivo plurimo é do consumidor, não do fornecedor, frente à expressa vedação, no artigo 88 do CDC, da possibilidade de denunciação da lide por qualquer dos réus.¹⁶⁷

165. "Responsabilidade civil. Cirurgia. Queimadura causada na paciente por bisturi elétrico. Médico-chefe. Culpa in eligendo e in vigilando. Relação de preposição. — Dependendo das circunstâncias de cada caso concreto, o médico-chefe pode vir a responder por fato danoso causado ao paciente pelo terceiro que esteja diretamente sob suas ordens. Hipótese em que o cirurgião-chefe não somente escolheu o auxiliar, a quem se imputa o ato de acionar o pedal do bisturi, como ainda deixou de vigiar o procedimento cabível em relação àquele equipamento. — Para o reconhecimento do vínculo de preposição, não é preciso que exista um contrato típico de trabalho; é suficiente a relação de dependência ou que alguém preste serviços sob o comando de outrem. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 200.831/RJ, 4.ª T., j. 08.05.2001, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 20.08.2001, p. 469). x

166. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 262.

167. Neste sentido, veja-se: "Civil e processual. Ação de indenização. Estouro de garrafa de cerveja. Ação movida contra a fabricante da bebida. Denunciação da lide contra o produtor do vasilhame e o titular do ponto de venda indeferida corretamente. Perícia técnica no material. Desnecessidade para identificação da responsabilidade da cervejaria. CDC, artigo 12. Recurso especial. Matéria fática. Reexame. Impossibilidade. Súmula 7 do STJ. Dano moral. Valor. Razoabilidade. I. Havendo nos autos elementos suficientes à identificação da origem da lesão causada ao autor — estouro de garrafa — desnecessária a realização de prova técnica para apuração do defeito do produto, o que desejava fazer a cervejaria ré para fins de atribuição de responsabilidade ou à fábrica do vasilhame, ou ao comerciante titular do ponto de venda, porquanto incabível, de toda sorte, a denunciação à lide dos mesmos, por se tratar de relação jurídica estranha àquela já instaurada, pertinente e suficiente, entre o consumidor final e a fabricante da bebida. II. Incabível trazer ao debate responsabilidades

Sendo a responsabilidade dos fornecedores de natureza objetiva e solidária, qualquer um dos referidos nos artigos 12 e 14 poderá ser demandado, conforme o caso, para a satisfação da indenização dos danos causados aos consumidores-vítimas de acidentes de consumo. Naturalmente que, nesta situação, não poderão alegar a inexistência de culpa, tratando-se, como é o caso, do regime de responsabilidade objetiva. Os modos de defesa do fornecedor, neste sentido, estariam restritos à demonstração de uma das excludentes previstas nos artigos 12, § 3.º (no caso de fato do produto) ou 14, § 3.º (fato do serviço), do CDC. Quem vier a ser demandado e satisfizer a indenização, não sendo o culpado pelo dano causado, poderá ingressar com competente ação de regresso contra o coobrigado que o seja, mediante demonstração da culpa deste (artigo 285 do CC), ou ainda o rateio da quantia desembolsada dentre os demais coobrigados (artigo 283 do CC). Estas pretensões, entretanto, se dão internamente dentre os integrantes do polo passivo da relação obrigacional de indenização, em nada afetando o direito do consumidor à reparação.

Com relação à responsabilidade pelo fato do produto, note-se que a responsabilidade solidária se estabelece dentre aqueles sujeitos indicados no artigo 12, *caput*, não abrangendo, portanto, todos os membros da cadeia de fornecimento. Trata-se de um sistema de imputação objetiva daqueles membros ali mencionados (fabricante, construtor, produtor e importador), em que o *grande ausente*, segundo observa Claudia Lima Marques,¹⁶⁸ será o comerciante, a quem o legislador do CDC optou por separar do regime geral ao prever sua responsabilidade subsidiária ou em circunstâncias específicas, no artigo 13 da Lei.

No que se refere à solidariedade dos fornecedores de serviços, é interessante observar que a responsabilidade objetiva fixada no artigo 14, *caput*, do CDC, abrange não apenas o fornecedor direto como, segundo jurisprudência contemporânea nas Cortes brasileiras, também o organizador da cadeia de fornecimento,¹⁶⁹ ou mesmo o locador da área em que se desenvolvia a atividade, em razão do fato de que se aproveitava economicamente da atração do público para o seu empreendimento¹⁷⁰, ainda que não se configurem como prestadores diretos do serviço

secundárias, em atendimento a mero interesse da ré, à qual fica assegurado o direito de regresso, em ação própria. III. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7 do STJ). IV. Dano moral fixado em patamar razoável e compatível com a lesão causada, que levou o autor a submeter-se a intervenção cirúrgica ocular e afastamento do trabalho por cerca de um mês. V. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 485.742/RO, 4.ª T. j. 16.12.2003, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 08.03.2004, p. 258).

168. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1.034.

169. "Código de Defesa do Consumidor. Responsabilidade do fornecedor. Culpa concorrente da vítima. Hotel. Piscina. Agência de viagens. Responsabilidade do hotel, que não sinaliza convenientemente a profundidade da piscina, de acesso livre aos hóspedes. Artigo 14 do CDC. A culpa concorrente da vítima permite a redução da condenação imposta ao fornecedor. Artigo 12, § 2.º, III, do CDC. A agência de viagens responde pelo dano pessoal que decorreu do mau serviço do hotel contratado por ela para a hospedagem durante o pacote de turismo. Recursos conhecidos e providos em parte" (STJ, REsp 287.849/SP, 4.ª T. j. 17.04.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 13.08.2001, p. 165).

170. "Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor. Recurso Especial. Alegação de omissão do julgado. Artigo 535 do CPC. Inexistência. Espetáculo circense. Morte de criança em decorrência de ataque de leões. Circo instalado em área utilizada como estacionamento de Shopping Center. Legitimidade passiva das locadoras. Desenvolvimento de atividade de entretenimento com o fim de atrair um maior número de consumidores. Responsabilidade. Defeito do serviço (vício de qualidade por insegurança). Dano moral. Valor exorbitante. Redução. Multa. Artigo 538 do CPC. Afastamento. 1.

defeituoso.¹⁷¹ Não há, neste sentido, uma referência à solidariedade, mas a referência genérica a “fornecedor de serviço”, prevista no artigo 14, permite que se identifiquem todos os integrantes da cadeia de fornecimento de uma determinada prestação de serviços com esta qualidade, portanto passíveis de serem responsabilizados pelo fato do serviço. Tal circunstância induz à solidariedade, na medida em que permite reconhecer diversos fornecedores de um mesmo serviço como integrantes de uma mesma cadeia de fornecimento.¹⁷² É o caso, por exemplo, da agência de viagens, que poderá ser responsabilizada solidariamente por danos decorrentes da má prestação do serviço por outras empresas contratadas por ela, ou ainda a operadora de serviços de assistência médica que se responsabiliza pelos profissionais por ela indicados.¹⁷³

O órgão julgador deve enfrentar as questões relevantes para a solução do litígio, afigurando-se dispensável o exame de todas as alegações e fundamentos expendidos pelas partes. Precedentes. 2. Está presente a legitimidade passiva das litisconsortes, pois o acórdão recorrido afirmou que o circo foi apenas mais um serviço que o condomínio do shopping, juntamente com as sociedades empresárias rés, integrantes de um mesmo grupo societário, colocaram à disposição daqueles que frequentam o local, com o único objetivo de angariar clientes potencialmente consumidores e elevar os lucros. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. No caso em julgamento – trágico acidente ocorrido durante apresentação do Circo Vostok, instalado em estacionamento de shopping center, quando menor de idade foi morto após ataque por leões –, o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor estende o conceito de consumidor àqueles que sofrem a consequência de acidente de consumo. Houve vício de qualidade na prestação do serviço, por insegurança, conforme asseverado pelo acórdão recorrido. 4. Ademais, o Código Civil admite a responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para outrem, como exatamente no caso em apreço. 5. O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de se mostrar manifestamente exagerado ou irrisório, distanciando-se, assim, das finalidades da lei. O valor estabelecido para indenizar o dano moral experimentado revela-se exorbitante, e deve ser reduzido aos parâmetros adotados pelo STJ. 6. Não cabe multa nos embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionamento. Súmula 98/STJ. 7. Provimento parcial do recurso especial” (STJ, REsp 1.100.571/PE, 4.ª T., j. 07.04.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 18.08.2011).

171. “Recursos especiais. Erro médico. Consumidor. Hospital e administradora de plano de saúde. Responsabilização solidária. Princípio da solidariedade entre os integrantes da cadeia de fornecimento. Médicos externos ao corpo clínico do hospital. Importância na ação de regresso. Valor da indenização. Razoabilidade. 1. Erro médico consistente em perfuração de intestino durante cirurgia de laparotomia realizada por médicos credenciados, com a utilização das instalações de hospital também credenciado à mesma administradora de plano de saúde. 2. Responsabilização solidária pelo acórdão recorrido dos réus (hospital e administradora de plano de saúde), com fundamento no princípio da solidariedade entre os fornecedores de uma mesma cadeia de fornecimento de produto ou serviço perante o consumidor, ressalvada a ação de regresso. 3. A circunstância de os médicos que realizaram a cirurgia não integrarem o corpo clínico do hospital terá relevância para eventual ação de regresso entre os fornecedores. 4. Razoabilidade do valor da indenização por danos morais fixada em 200 salários mínimos. 5. Recursos especiais não providos.” (STJ, REsp 1359156/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 05.03.2015, DJe 26.03.2015).
172. “Civil. Responsabilidade civil. Prestação de serviços médicos. Quem se compromete a prestar assistência médica por meio de profissionais que indica é responsável pelos serviços que estes prestam. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 138.059/MG, j. 13.03.2001, rel. Min. Ari Pargendler).
173. “Responsabilidade civil. Agência de viagens. Código de Defesa do Consumidor. Incêndio em embarcação. A operadora de viagens que organiza pacote turístico responde pelo dano decorrente do incêndio que consumiu a embarcação por ela contratada. Passageiros que foram obrigados a se lançar ao mar, sem proteção de coletes salva-vidas, inexistentes no barco. Precedente (REsp 287.849/SP). Dano moral fixado em valor equivalente a 400 salários mínimos. Recurso não conhecido” (STJ, REsp 291.384/RJ, 4.ª T., j. 15.05.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 17.09.2001, p. 169).

3.2.6.1 *Direito de regresso*

Estabelecendo o artigo 7.º, parágrafo único, do CDC, de modo expresso, a solidariedade dos responsáveis pelos danos causados aos consumidores, a consequência prática é a possibilidade de dirigir a ação indenizatória visando à reparação dos danos sofridos pelo consumidor-vítima a qualquer dos membros da cadeia de fornecimento (respeitada o caráter específico da responsabilidade do comerciante, prevista no artigo 13). Trata-se do que a doutrina especializada denomina de *causalidade alternativa*, pela qual se imputa a um grupo de pessoas (no caso, fornecedores) a responsabilidade pelos riscos de uma atividade lícita realizada nestas condições.¹⁷⁴ Neste sentido, segundo as regras sobre solidariedade, quem paga em nome de todos os demais coobrigados solidários pode contra estes exigir sua quota-parte no valor eventualmente desembolsado, conforme estabelece o próprio Código Civil (artigo 283). No que se refere à responsabilidade por fato do produto, todavia, o artigo 13, parágrafo único, do CDC, vai estabelecer expressamente a faculdade do fornecedor coobrigado pelo dever de indenizar que satisfaz o dever de reparação, na hipótese de não ter sido dele a culpa pela realização do evento danoso, de obter via ação de regresso, o valor correspondente ao que desembolsou. Assim dispõe o artigo 13, parágrafo único, do CDC: "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". Neste caso, caberá a demonstração da culpa por parte do autor da ação de regresso, o que no caso concreto pode levar a situações concretas bastante difíceis (por vezes de impossibilidade prática de produção da prova).

O reconhecimento expresso da ação regressiva pelo CDC encontra fundamento na divisão dos ônus representados pelos riscos do mercado dentre os diversos agentes econômicos envolvidos.¹⁷⁵ No caso da responsabilidade pelo fato do produto, onde a presença do defeito indica uma falha no processo de introdução do mesmo no mercado de consumo, há uma distribuição relativamente equânime dos custos representados por esta falha a partir da identificação de quem tenha dado causa ao defeito.

No caso da responsabilidade pelo fato do serviço, a questão da faculdade da ação regressiva, parece estar abrangida pela extensão dos efeitos do artigo 13, parágrafo único, do CDC. E ainda que assim não fosse, mesmo sem expressa previsão legal no CDC, a possibilidade de demanda regressiva seria deduzida das regras gerais ordinárias sobre solidariedade passiva, pelas quais quem responde em nome de outrem pode reaver deste o que pagou. No caso, o juízo de procedência da ação regressiva não vai prescindir da existência de culpa do réu da mesma,¹⁷⁶ o que deverá ser devidamente demonstrado na ação.

3.2.6.2 *Responsabilidade subsidiária do comerciante*

A responsabilidade do comerciante, no regime do CDC não acompanha a dos demais agentes econômicos expressamente referidos no artigo 12, *caput*, em matéria de responsabilidade pelo fato do produto. Isto porque a previsão normativa da responsabilidade do comercian-

174. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1.044; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 249-257. Em profundidade, a obra de DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos...*, p. 151-152.

175. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1.045; BENJAMIN. *Comentários ao Código de proteção...*, p. 34.

176. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1.045.

te o fez de modo apartado, em artigo próprio – no caso, o artigo 13 do CDC. Estabelece a mencionada norma: “O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador; III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis”.

O *caput* do artigo 13 (“O comerciante é igualmente responsável...”) induz a pensar-se trata a hipótese de responsabilidade solidária. Todavia, as hipóteses estabelecidas nos incisos I e II da norma, fazendo referência à circunstância de que os responsáveis não possam ser identificados, seja por que está identificação não exista, seja porque é obscura ou insuficiente,¹⁷⁷ determina a responsabilidade em questão como espécie de responsabilidade subsidiária ou supletiva. Ocorrendo, todavia, qualquer das hipóteses do artigo 13, ele passa a integrar, em conjunto – e, portanto, solidariamente – com os demais responsáveis indicados no artigo 12 do CDC – o rol de fornecedores que poderão ser demandados pelo consumidor.

No caso do inciso III do artigo 13, restando demonstrado que o dano causado aos consumidores decorreu da conservação inadequada de produtos perecíveis, a responsabilidade do comerciante decorre de fato próprio, razão pela qual não se há de falar em subsidiariedade, senão de responsabilidade direta, que vincula sua conduta como causa do evento danoso produzido contra o consumidor-vítima.

É possível questionar sobre a conveniência desta opção legislativa do CDC. Há críticas sobre o acerto ou não do artigo 13, ao prever a separação da responsabilidade do comerciante com relação aos demais fornecedores referidos no artigo 12. A solução do legislador, contudo, pretendeu restringir a imputação do dever de reparação àqueles fornecedores que, por sua condição dentro do processo produtivo, tenham dado causa ao defeito determinante do evento danoso ao consumidor.

3.2.7 O artigo 931 do Código Civil e o CDC

Com o advento do Código Civil de 2002, passou a vigor seu artigo 931, com a seguinte redação: “Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”. A exegese do artigo, desde logo, afastaria, sua incidência, à primeira vista, das relações de consumo, matéria expressamente ressalvada por constar de lei especial. Todavia, ressalvadas as relações de consumo, estariam sob o alcance da norma, as relações puramente civis, entre iguais, reguladas então pelo Código Civil. Neste sentido, por exemplo, os danos causados por uma máquina vendida de uma empresa a outra, por intermédio de um contrato de compra e venda comercial, estariam sob a égide deste artigo 931, o qual não estabelece diferença entre os vários agentes da cadeia de fornecimento. Imputa-se responsabilidade objetiva a quem tenha colocado o produto no mercado, o que inclui o comerciante. Estar-se-ia, portanto, frente à situação no mínimo contraditória, pela qual no regime de uma norma protetiva da vítima como o CDC, um dos sujeitos principais da cadeia de fornecimento – o comerciante – só responderia por danos causados por produtos colocados em circulação em situações bastante restritas. Enquanto na norma geral do Código Civil, que regula as relações entre iguais, este mesmo comerciante estivesse sendo responsabilizado solidariamente com os demais agentes, sem qualquer espécie de restrição.

177. MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto...*, p. 106-107.

Em termos práticos, seria mais vantajoso ao consumidor alegar a aplicação do artigo 931 do CC, do que o artigo 13 do CDC, que em tese é a norma que apresentaria responsabilidade mais gravosa, para sua proteção dos seus interesses constitucionalmente assegurados.

A solução da questão parece-nos passar pela interpretação e aplicação que a jurisprudência vier a fazer do artigo 931 do CC. Nesta situação, dois são os entendimentos possíveis: a) o primeiro, vinculado ao método do *diálogo das fontes*, e com fundamento no artigo 7.º do CDC, o qual estabelece que os direitos estabelecidos nesta lei não excluem outros decorrentes da legislação interna ordinária,¹⁷⁸ pelo qual toda norma que possuir maior conteúdo de proteção dos interesses dos consumidores deve ter preferência na sua aplicação. Isto autorizaria a aplicação do artigo 931 como fundamento da responsabilidade direta e objetiva do comerciante, em caso de danos causados por produtos colocados em circulação (fato do produto); b) o segundo, reconhecendo a diferença de regimes e a ressalva expressa do artigo 931, às relações reguladas por lei especial, como é o caso da responsabilidade pelo fato do produto nas relações de consumo. Neste caso, se concluiria por confinar a aplicação do artigo 931 do Código Civil apenas às situações não abrangidas pelas normas previstas pelo CDC, ou por outras que regulem responsabilidade civil, como no caso da responsabilidade civil por dano ambiental, por exemplo.

Da mesma forma, note-se que a opção pelo primeiro entendimento, de aplicação combinada das disposições do CC e do CDC apresentaria ainda outros reflexos, como é o caso do prazo distinto, nos dois regimes de responsabilidade, para o exercício da pretensão reparatória – cinco anos, de acordo com o artigo 27 do CDC, e apenas três anos, segundo o artigo 206, § 3.º, V, do CC.

Contudo, qual será o alcance do artigo 931 do CC? Resulta clara a necessidade de compatibilizar a interpretação e aplicação da disposição legal com o regime de responsabilidade para o fato do produto e do serviço previsto no CDC. Em um primeiro aspecto, note-se que a redação do artigo, embora faça referência a empresários individuais e empresas, a rigor está a referir as sociedades empresárias (pessoas jurídicas) e não à atividade de empresa. Por outro lado, fica estabelecida uma imputação objetiva de responsabilidade dos empresários ou sociedades empresárias pelos danos causados por seus produtos postos em circulação. A crítica mais destacada a esta disposição legal, é de que ela afasta o critério da anormalidade do risco do produto, característica da noção de defeito do Código de Defesa do Consumidor, fazendo com a responsabilidade determinada no Código Civil em razão de danos provocados por produtos colocados no mercado, assume verdadeira característica de responsabilidade por risco integral.¹⁷⁹

As Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ –, visando ao estabelecimento de diretrizes para interpretação e aplicação do Código Civil, em diversos enunciados ocuparam-se do tema. Na I Jornada, de 2002, o Enunciado n. 42 contava com a seguinte redação: “O artigo 931 amplia o conceito de fato do produto existente no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos”. E logo em seguida o Enunciado n. 3 referia: “A responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no artigo 931 do Código Civil,

178. “Artigo 7.º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

179. CALIXTO, Marcelo Junqueira. O artigo 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 21, p. 61, jan.-mar. 2005.

também inclui os riscos do desenvolvimento”. Em 2004, na III Jornada de Direito Civil, o Enunciado n. 190, de sua vez, indicava: “A regra do artigo 931 do novo CC não afasta as normas acerca da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço previstas no artigo 12 do CDC, que continuam mais favoráveis ao consumidor”. E por fim, em 2006, o Enunciado n. 378 refere: “Aplica-se o artigo 931 do Código Civil, haja ou não relação de consumo”. Parece claro, portanto, que ainda não se observa uma interpretação estável no direito brasileiro, sobre a eficácia e aplicação do artigo 931 do CC/2002.

De fato, parece claro que o artigo 931 do CC não pode afastar o regime legal do CDC. Mas pode somar-se a este. A presença do defeito e, de certo modo, da presunção de defeito por ocasião de dano causado por produtos ou serviços (cabe ao fornecedor demonstrar sua inexistência), é requisito necessário para fazer incidir a responsabilidade com fundamento no CDC. Isto não exclui que, por intermédio do diálogo das fontes, se encontre um efeito útil para a norma, sobretudo em vista na finalidade da responsabilidade objetiva por danos causados por produtos, que em primeiro plano é a proteção do consumidor no mercado de consumo. Pode-se retirar como efeito útil, neste sentido, um reforço ao argumento da admissão da responsabilidade por riscos do desenvolvimento em nosso sistema, ou ainda, conforme for a interpretação que a jurisprudência indique à disposição, de modo compatível ao CDC, a extensão da responsabilidade dos comerciantes por acidentes de consumo,¹⁸⁰ além das hipóteses restritas estabelecidas no artigo 13, reconhecendo a incidência da norma de imputação do artigo 931 a qualquer um dos empresários individuais ou sociedades empresárias (ou empresas como refere a norma), que tenham posto o produto em circulação.

3.2.8 Responsabilidade dos profissionais liberais por fato do serviço

A responsabilidade dos profissionais liberais por fato do serviço também se encontra regulada pelo CDC. Neste sentido, como é intuitivo, tratam-se os serviços prestados por estes profissionais, quando oferecidos no mercado de consumo (artigo 3.º, § 2.º), de objetos de relações de consumo, sob a égide das normas do CDC. Entretanto, no que diz respeito ao regime da responsabilidade dos profissionais liberais, optou o legislador por apartá-la da regra geral da responsabilidade objetiva prevista para os fornecedores no CDC, estabelecendo na hipótese destes profissionais a responsabilidade subjetiva. Daí que o artigo 14, § 4.º, do CDC constitui exceção à regra da responsabilidade objetiva do CDC, ao estabelecer: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.¹⁸¹

Orienta a decisão do legislador a natureza da prestação realizada pelo profissional liberal, que de regra será de caráter personalíssimo (*intuitu personae*), isolada, e que por isso não detém estrutura complexa de fornecimento do serviço, em relação ao qual o interesse básico do con-

180. Idem, p. 92-93.

181. “Recurso especial. Erro médico. Cirurgião plástico. Profissional liberal. Aplicação do código de defesa do consumidor. Precedentes. Prescrição consumerista. I – Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a 2.ª Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4.º do artigo 14. II – O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada, não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 731.078/SR, 3.ª T., j. 13.12.2005, rel. Min. Castro Filho, DJU 13.02.2006, p. 799).

sumidor estará vinculado conhecimento técnico especializado deste fornecedor. Daí porque a identificação do profissional liberal pareça se ligar a duas condições básicas: a) primeiro, a espécie de atividade exercida; b) segundo, o modo como é exercida.

Como traços essenciais da atividade do profissional liberal encontram-se a ausência de subordinação com o tomador do serviço ou com terceira pessoa, e que realize na atividade o exercício permanente de uma profissão, em geral vinculada a conhecimentos técnicos especializados, inclusive com formação específica. Segundo Paulo Luiz Netto Lobo, o conceito de profissionais liberais abrange: "a) as profissões regulamentadas, ou não, por lei; b) que exigem graduação universitária ou apenas formação técnica; e c) reconhecidas socialmente, mesmo sem exigência de formação escolar".¹⁸² Neste sentido, observa-se que a espécie de serviço prestado está vinculada a qualidades específicas do profissional, assim como a garantia de segurança e adequação do mesmo vinculam-se ao seu desempenho pessoal, ou seja, com sua atuação diligente, prudente e de acordo com os conhecimentos técnicos que deva possuir.

Daí porque se afigure razoável manter-se a exigência da verificação da culpa como requisito de responsabilização destes profissionais, em vista da natureza e do modo de prestação do serviço, cujo êxito está diretamente vinculado ao desempenho pessoal do profissional.

Note-se que exigência de verificação da culpa do profissional liberal diz respeito a sua responsabilidade pelo fato do serviço, portanto, a violação do dever de segurança e integridade do consumidor. Não abrange, pois, o regime de responsabilidade por vícios do serviço, cujo fundamento é do artigo 20 do CDC, e se estabelecem mediante mera demonstração da violação do dever de adequação – portanto, sem a necessidade de verificação da culpa. Esta consideração é importante, em face da circunstância que, como regra, as relações entre consumidores e profissionais liberais se estabelecem a partir de um contrato de prestação de serviços, o que desde logo, impõe discutir-se qual a espécie de modalidade de obrigação pactuada nesta relação, se uma obrigação de meio, ou de resultado. Observam os Mazeaud e Tunc, no esteio da festejada doutrina francesa sobre a matéria, que nas obrigações de resultado, o devedor compromete-se à realização de um ato determinado, de um resultado. Enquanto nas obrigações de meio, este se compromete apenas a conduzir-se com prudência e diligência em uma determinada direção.¹⁸³ A aplicação deste conceito às obrigações celebradas por médicos, dentistas, psicólogos, advogados, engenheiros, arquitetos, dentre outros profissionais, e os consumidores será útil para determinação da espécie de dever jurídico existente entre as partes com relação à adequação da prestação.¹⁸⁴

182. Com relação à última hipótese, o professor alagoano refere que apenas estarão incluídas nestas hipóteses os "tipos sociais reconhecíveis". LOBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade civil dos profissionais liberais e o ônus da prova. *Revista da Juris*. Edição especial, t. II. Porto Alegre, mar. 1998, p. 541-550.

183. Refira-se que a distinção entre obrigações de meio e de resultado é de René Demogue, em seu *Traité des obligations*. Conforme: MAZEAUD/MAZEAUD/TUNC. *Tratado teorico practico de la responsabilidad civil...*, t. 1, p. 127.

184. "Civil. Cirurgia. Sequelas. Reparação de danos. Indenização. Culpa. Presunção. Impossibilidade. 1 – Segundo doutrina dominante, a relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio e não de resultado. 2 – Em razão disso, no caso de danos e sequelas porventura decorrentes da ação do médico, imprescindível se apresenta a demonstração de culpa do profissional, sendo descabida presumi-la à guisa de responsabilidade objetiva. 3 – Inteligência dos artigos 159 e 1545 do Código Civil de 1916 e do artigo 14, § 4.º do Código de Defesa do Consumidor. 4 – Recurso especial conhecido e provido para restabe-

No que se refere ao dever de segurança, contudo, sua exigência *ex lege* pelo CDC permite observar que sempre se afigura como espécie análoga às obrigações de resultado,¹⁸⁵ uma vez que deverá necessariamente ser atendido, sob pena de responsabilização do profissional.¹⁸⁶ O que se altera nesta situação é o acréscimo do requisito da culpa, segundo o qual a responsabilidade só é imputada mediante a verificação de negligência imprudência e imperícia.

Algumas questões, entretanto, devem ser observadas quanto à responsabilidade dos profissionais liberais por fato do serviço. Primeiro, no que diz respeito aos modos de descumprimento do dever de segurança e a caracterização do defeito da prestação de serviço. Em regra, a responsabilidade dos profissionais liberais por fato do serviço terá relação com a presença de defeitos de execução ou defeitos de informação. Os primeiros, dizendo respeito à falha no processo de realização material do serviço e o segundo nas informações repassadas ao consumidor-vítima, em razão do que deverá se produzir o dano. Sobre o dever de informar do profissional liberal, aliás, refere Paulo de Tarso Sanseverino, para quem a principal novidade em matéria de responsabilidade destes profissionais é o incremento do dever de informação.¹⁸⁷ Neste sentido, observa o jurista gaúcho que, embora tenha atuado com a diligência esperada, poderá vir o profissional liberal a ser responsabilizado por não ter informado de modo correto e adequado o seu cliente.¹⁸⁸

Por outro lado, sobretudo no que diz respeito aos limites da responsabilidade subjetiva e seu caráter excepcional no regime do CDC, questão de extrema dificuldade que vem sendo enfrentada pelas Cortes brasileiras é a da relação entre a responsabilidade pessoal do profissional liberal e a da pessoa jurídica fornecedora a que ele pertence. É a situação que ocorre muito frequentemente nas ações em que são demandados em comum, por exemplo, o médico e o hospital em que trabalha, ou ainda o advogado e sociedade de advogados a que pertence. O caráter da responsabilidade do profissional liberal, como já referimos, é eminentemente pessoal. E a natureza subjetiva, a exigir a verificação de culpa, é exceção à regra da responsabilidade objetiva dos fornecedores, razão por que deve ser interpretada restritivamente. Neste caso, dois são os entendimentos possíveis: a) primeiro, o de que a regra da culpa, ao restringir-se ao profissional liberal, não se estende à pessoa jurídica fornecedora a qual ele pertence como sócio,

lecer a sentença" (STJ, REsp 196.306/SP, 4.ª T., j. 03.08.2004, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 16.08.2004, p. 261).

185. "Responsabilidade civil. Cirurgia estética. Não ofende a lei o acórdão que atribui ao médico a responsabilidade pelos danos causados à paciente, por ter assumido o risco de realizar operação de resultado absolutamente inconfiável. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 326.014/RJ, 4.ª T., j. 28.08.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU 29.10.2001, p. 212).
186. Este tem sido também o caminho da obrigação contratual de segurança, conforme ensina BLOCH, Cyril. *L'obligation contractuelle de sécurité*, p. 139 et seq.
187. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no código do consumidor...*, p. 187-188.
188. "Embargos infringentes. Responsabilidade médica. Deveres anexos. Informação oportuna de extravio de material orgânico extraído para exame laboratorial. Dano extrapatrimonial. Responde o médico, sob o fundamento de "dano moral", por omissão de cientificação ao paciente sobre o extravio de material, retirado cirurgicamente, para exame laboratorial, na medida em que contribui para, no mínimo, a ampliação do estado de ansiedade daquele que aguarda resultado. Incluso ao dever de informar sobre a compreensão do resultado (conteúdo do laudo) se encontra o secundário de informar sobre a impossibilidade do exercício daquele, em razão de extravio do material. Mensuração que se realizou adequadamente, tanto quanto viável. Embargos infringentes rejeitados" (TJRS, El 596.234.443, 3.º Grupo de Câmaras Cíveis, j. 07.03.1997, rel. Des. Antônio Janry Dall'Agnol Júnior).

empregado, ou a qualquer outro título. Neste caso, a responsabilidade da pessoa jurídica, ao ser demanda como fornecedora, permanece objetiva, bastando, para ser caracterizada, que sejam demonstrados os pressupostos específicos da responsabilidade pelo fato do serviço, dentre os quais o defeito; b) o segundo entendimento vincularia a identificação da responsabilidade do profissional como pressuposto da responsabilidade da pessoa jurídica a que ele esteja vinculado. Em muitos casos, mesmo a caracterização do defeito seria dependente da verificação da culpa do profissional liberal (a adoção de procedimento terapêutico equívoco pelo médico, por exemplo).

Parece-nos que a razão está no primeiro entendimento,¹⁸⁹ ainda que em muitas situações práticas, confunda-se em uma mesma circunstância a identificação do defeito da prestação do serviço pelo profissional e a verificação da culpa exigida para a responsabilização. Independentemente disto, contudo, restará caracterizada a responsabilidade da pessoa jurídica fornecedora a que se vincula o profissional, a partir da caracterização da demonstração da conduta, do dano e do defeito da prestação.¹⁹⁰ E esta responsabilidade, segundo o artigo 14, *caput*, será de

189. Neste sentido decidiu o STJ: "Civil. Indenização. Morte. Culpa. Médicos. Afastamento. Condenação. Hospital. Responsabilidade. Objetiva. Impossibilidade. 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam, ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos artigos 159, 1521, III, e 1.545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos artigos 186 e 951 do Código Civil, bem com a Súmula 341 do STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 - O artigo 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia) etc. e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido" (STJ, REsp 258.389/SP, 4.ª T., j. 16.06.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 22.08.2005, p. 275).

190. "Indenização. Vítima de acidente ocorrido durante treinamento de judô, ministrado por preposto da recorrida, que a deixou tetraplégica. Acidente ocorrido em virtude de negligência do professor. Comprovados a conduta, os danos e o nexo de causalidade, presente o dever de indenizar da recorrida que responde pelos atos do seu preposto. Código de Defesa do Consumidor, artigo 14, § 3.º. Aplicação. Recurso especial conhecido e parcialmente provido" (STJ, REsp 473.085/RJ, 3.ª T., j. 14.06.2004, rel. Min. Castro Filho, DJU 23.05.2005, p. 267). No caso da responsabilidade dos hospitais, e sua relação com a conduta do profissional médico, veja-se a seguinte decisão do STJ: "Direito civil. Responsabilidade do hospital por erro médico e por defeito no serviço. Súmula 7 do STJ. Violação dos artigos 334 e 335 do CPC. Não ocorrência. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Redimensionamento do valor fixado para pensão. Súmula 7 do STJ. Indenização por danos morais. Termo inicial de incidência da correção monetária. Data da decisão que fixou o valor da indenização. 1. A responsabilidade das sociedades empresárias hospitalares por dano causado ao paciente-consumidor pode ser assim sintetizada: (i) as obrigações assumidas diretamente pelo complexo hospitalar limitam-se ao fornecimento de recursos materiais e humanos auxiliares adjuvados à prestação dos serviços médicos e à supervisão do paciente, hipótese em que a responsabilidade objetiva da instituição (por ato próprio) exsurge somente em decorrência de defeito no serviço prestado (artigo 14, *caput*, do CDC); (ii) os atos técnicos praticados pelos médicos sem vínculo de emprego ou subordinação com o hospital são imputados ao profissional pessoalmente, eximindo-se a entidade

natureza objetiva.¹⁹¹ A jurisprudência do STJ observa o entendimento de que a solidariedade do hospital pelo dano causado pelo médico é cabível quando se comprove a existência de vínculo e/ou subordinação do profissional,¹⁹² ou ainda que mesmo sem vínculo, fique demonstrado que pertence a sua equipe médica,¹⁹³ assim como fique demonstrado que agiu com culpa.

hospitalar de qualquer responsabilidade (artigo 14, § 4.º, do CDC), se não concorreu para a ocorrência do dano; (iii) quanto aos atos técnicos praticados de forma defeituosa pelos profissionais da saúde vinculados de alguma forma ao hospital, respondem solidariamente a instituição hospitalar e o profissional responsável, apurada a sua culpa profissional. Nesse caso, o hospital é responsabilizado indiretamente por ato de terceiro, cuja culpa deve ser comprovada pela vítima de modo a fazer emergir o dever de indenizar da instituição, de natureza absoluta (artigos 932 e 933 do CC), sendo cabível ao juiz, demonstrada a hipossuficiência do paciente, determinar a inversão do ônus da prova (artigo 6.º, VIII, do CDC). 2. No caso em apreço, as instâncias ordinárias entenderam pela imputação de responsabilidade à instituição hospitalar com base em dupla causa: (a) a ausência de médico especializado na sala de parto apto a evitar ou estancar o quadro clínico da neonata – subitem (iii); e (b) a falha na prestação dos serviços relativos ao atendimento hospitalar, haja vista a ausência de vaga no CTI e a espera de mais de uma hora, agravando consideravelmente o estado da recém-nascida, evento encartado no subitem (i) (...)” (STJ, REsp 1.145.728/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4.ª T., j. 28.06.2011, rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, DJe 08.09.2011).

191. A natureza objetiva da responsabilidade, neste caso, não pode suprimir a oportunidade do fornecedor demonstrar a presença, no caso, de alguma das hipóteses eximientes de responsabilidade. Neste sentido: “Responsabilidade civil. Erro médico. Esquecimento de corpo estranho no organismo da paciente em cesárea. Responsabilidade do Hospital. Cerceamento de defesa. 1. Já decidiu a Corte que o juiz pode e deve apreciar a necessidade da produção de prova. Todavia, configura cerceamento de defesa se o hospital é impedido de provar, na cobertura do artigo 14, § 3.º, II, do Código de Defesa do Consumidor, a culpa exclusiva de terceiro, no caso, a médica responsável pela cirurgia, que com ele não mantém relação de emprego. 2. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 419.026/DF, 3.ª T., j. 26.10.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 21.02.2005, p. 169).
192. “Consumidor. Recurso especial. Ação de indenização. Responsabilidade Civil. Médico particular. Responsabilidade subjetiva. Hospital. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva *ad causam*. 1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes. 2. Embora o artigo 14, § 4.º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo *caput* do artigo 14 do CDC. 3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento. 4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas. 5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor. 6. Admite-se a denúncia da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes. 7. Recurso especial parcialmente provido” (STJ, REsp 1.216.424/MT, 3.ª T., j. 09.08.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 19.08.2011).
193. “Civil e processual. Recursos especiais. Indenização. Erro médico. Primeiro recurso. Intempestividade. Súmula 418 do STJ. Segundo recurso. Cumulação de danos morais e estéticos. Possibilidade. Súmula 284 do STF Súmula 387 do STJ. Responsabilidade do hospital pelos atos de sua equipe médica. 1. Nos termos da Súmula 418 do STJ, ‘é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação’. 2. Inviável o recurso

Por fim, cabe identificar-se o modo como se dá esta verificação de culpa a que faz referência o artigo 14, § 4.º, do CDC. Neste sentido, a questão que se apresenta é sobre a compatibilidade ou não desta disposição e o direito à inversão do ônus da prova, para efeito de facilitação do consumidor em juízo, mediante exercício de faculdade judicial, nos termos do artigo 6.º, VIII, do CDC. A matéria, sem dúvida, estimula que se desvie a atenção do que realmente é relevante com respeito ao tema, admitindo digressões que não auxiliam na solução da questão. Parece-nos com razão o magistério de Paulo Luiz Netto Lobo, ao referir que: “quando se diz ‘verificação de culpa’ não se diz que deve ser provada por quem alega o defeito do serviço. Diz-se que não poderá ser responsabilizado se a culpa não for ‘verificada’ em juízo, porque o profissional conseguiu contraprová-la (...) é inquestionável compatibilidade desse preceito com o artigo 6.º, VIII, que impõe o direito básico do consumidor ao ônus da prova”.¹⁹⁴ Neste sentido, conclui o mestre alagoano: “Cabe ao consumidor do serviço, do profissional liberal, provar a existência do serviço, ou seja, a relação de consumo entre ambos e a existência do defeito de execução que lhe causou danos, sendo suficiente a verossimilhança da imputabilidade. Cabe ao profissional liberal provar, além das hipóteses comuns de responsabilidade dos demais fornecedores de serviços, que não agiu com culpa”.¹⁹⁵

Ou seja, a exigência de verificação de culpa não exclui a possibilidade, em acordo com os critérios estabelecidos no artigo 6.º, VIII, do CDC – a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações – que seja invertido o ônus da prova em vista da facilitação da defesa do consumidor, hipóteses em que estabelecerá o juiz presunção de culpa, a qual competirá ao profissional liberal desconstituir mediante prova.¹⁹⁶

especial cujas razões não apontam ofensa a dispositivo de lei federal específico ou dissídio nos moldes legais e regimentais (Súmula 284/STF). 3. Consoante entendimento sedimentado no verbete 387 do STJ, ‘é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral’. 4. A natureza da responsabilidade das instituições hospitalares por erros médicos deve ser examinada à luz da natureza do vínculo existente entre as referidas instituições e os profissionais a que se imputa o ato danoso. 5. Responde o hospital pelo ato culposo praticado por profissional de sua equipe médica, mesmo que sem vínculo empregatício com a instituição. A circunstância de os serviços médicos terem sido prestados gratuitamente, ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição da responsabilidade civil por erro médico. 6. Recurso especial de Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro não conhecido e recurso especial de Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro não provido.” (STJ, REsp 774.963/RJ, 4.ª T., j. 06.12.2012, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 07.03.2013).

194. LÓBO, Paulo Luiz Netto. *Responsabilidade civil dos profissionais liberais...*, p. 549.

195. *Idem*, p. 550.

196. “Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Erro médico. Artigo 14 do CDC. Cirurgia plástica. Obrigação de resultado. Caso fortuito. Excludente de responsabilidade. 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido. 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia. 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional. 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em ‘termo de consentimento informado’, de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório. Recurso Especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 1.180.815/MG, 3.ª T., j. 19.08.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.08.2010).

Veja-se, por exemplo, o caso da responsabilidade civil do médico.¹⁹⁷ Em direito nacional e estrangeiro, a responsabilidade civil decorrente da atividade médica vem apresentando uma mesma série de questões para efeito de imputação do dever de indenizar e sua extensão. Primeiro, no que diz respeito ao modo como demonstrar a existência da responsabilidade médica. Já a conhecida discussão sobre a natureza da prestação de serviços médicos, se *obrigação de meio* ou *obrigação de resultado*, tem por utilidade maior a determinação do ônus da prova relativamente à culpa do devedor,¹⁹⁸ que nas obrigações de meio cabe a quem alega descumprimento; sendo, de regra, presumida quando havido o inadimplemento das obrigações de resultado. Ou como sustentam os Mazeaud e Tunc, em entendimento a que já referimos, que nas obrigações de resultado o devedor compromete-se à realização de um ato determinado, de um resultado. Enquanto nas obrigações de meio, este se compromete apenas a conduzir-se com prudência e diligência em uma determinada direção.¹⁹⁹

Atualmente, a doutrina majoritária indica a obrigação médica como obrigação de meio. Neste sentido, não haveria comprometimento do médico (devedor da prestação), com a obtenção do interesse específico do paciente (credor da prestação), o que, se exigível, conduziria à improvável situação de que, na ausência da cura da enfermidade ou com a morte do paciente, estaria caracterizado o inadimplemento. Entretanto, no estágio atual do direito das obrigações, sobretudo em face do reforço dos deveres de colaboração e respeito das partes, decorrentes da boa-fé objetiva e da proteção da confiança, o fato de não haver um comprometimento do devedor com o resultado da obrigação não significa simplesmente a indicação genérica de um dever de melhores esforços. Conduz-se o direito das obrigações pela concretização dos deveres das partes, mesmo nas denominadas obrigações de meio, como é o caso dos deveres de informação e de segurança.²⁰⁰ Considerando-se neste contexto a obrigação médica, reconhece-se também a esta o dever amplo e genérico de cuidado com o paciente, o qual se deve traduzir por uma série de comportamentos concretos e objetivos do profissional.

Esta compreensão da obrigação médica parece-nos fundamental, e antecede mesmo a identificação do regime de responsabilidade e a caracterização desta responsabilidade, de acor-

197. Sobre o tema, veja-se: MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 568 e ss; ALCANTARA, Hermes Rodrigues de. *Responsabilidade Médica*. São Paulo: José Kofino, 1971; ANDORNO, Luis. La responsabilidad civil médica. *Revista Ajuris*, v. 59. Porto Alegre, 1993; AGUIAR DIAS, José. *Da responsabilidade civil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1979; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Responsabilidade civil do médico. *RT*, v. 718, p. 33-53. São Paulo, RT, 1995; BLOISE, Walter. *A responsabilidade civil e o dano médico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987; KFOURINETO, Miguél. *Responsabilidade civil do médico*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007; FRÁDERA, Véra Maria Jacob. Responsabilidade civil dos médicos. *Revista AJURIS* 55, p. 116-139. Porto Alegre, jul. 1992; PACHECO, Newton. *O erro médico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1991; MARQUES, Claudia Lima. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *RT* 827/11. São Paulo: RT, 2004; PANASCO, Vanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade Médica*. Civil, penal e ética. Belo Horizonte: Del Rey, 2003; TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II, p. 83-122.
198. Neste sentido, aliás, a própria origem da distinção entre as obrigações de meio e de resultado, que se indica a Demogue, no princípio do século XX, em seu tratado sobre obrigações. DEMOGUE, René. *Traité des obligations en general*. t. V. Paris: Arthur Rousseau, 1925. p. 398.
199. MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. t. I. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1977. p. 127.
200. FABRE-MAGNAN, Muriel. *Les obligations*. Paris: PUF, 2004. p. 421-422.

do com os critérios normativos estabelecidos no ordenamento jurídico. Trata-se, em alguma medida, da imposição daquilo que em direito do consumidor convencionou-se denominar como um *dever de qualidade*. O dever de qualidade exige a consideração do devedor em relação à totalidade dos interesses legítimos do credor da prestação, pouco importando a existência de motivação ou não, assim como a culpa ou dolo do agente causador de um determinado dano.

A responsabilidade civil médica, neste sentido, a exemplo da responsabilidade civil em geral, decorre da falta, do descumprimento de um dever. Este dever, como mencionamos, é um dever genérico (cuidado, cautela), ou dever específico (diagnóstico, informação). Já no que se refere à natureza desta responsabilidade, a regra entre os profissionais liberais é a responsabilidade subjetiva (mediante verificação da culpa).

Da mesma forma, o objeto da relação obrigacional médico-paciente, que se caracteriza como regra em uma obrigação de fazer visando à preservação da vida, a cura ou prevenção da doença ou moléstia, assim como a melhoria das suas condições pessoais, vincula-se diretamente à vida e à integridade física e moral da pessoa, espécies de direitos subjetivos cuja violação remete à hipótese de responsabilidade extracontratual. A responsabilidade médica, contudo, não segue um regime unitário,²⁰¹ uma vez que a prestação de serviços médicos tanto poderá decorrer de um contrato previamente estabelecido, quanto simplesmente de uma atuação profissional independente de prévio acordo das partes (um atendimento de emergência, ou a assistência pública de saúde). Em qualquer caso, a utilidade da distinção diz respeito à carga de prova atribuída às partes, o que no caso da responsabilidade contratual, admite a presunção da culpa médica, bastando à vítima demonstrar a existência do contrato, o dano e o nexo de causalidade com a conduta do profissional. Necessitando em acréscimo, na hipótese de responsabilidade extracontratual, a demonstração do dolo, negligência, imprudência ou imperícia do médico.²⁰²

Muito se discute sobre a eventual dependência da responsabilidade objetiva do hospital ou clínica em relação à verificação da culpa do profissional médico que nelas atua, sobretudo em vista da exigência de que este seja demandado obrigatoriamente para que se possa alcançar a responsabilidade da instituição. Ou seja, que só haveria condições de imputação da responsabilidade aos hospitais ou clínicas na medida em que se provasse a culpa do profissional médico, como, aliás, é admitido no direito civil, na hipótese da responsabilidade por preposição (artigo 932, III, do CC). Este raciocínio, contudo, parece confundir os pressupostos de ambas as relações de responsabilidade, do profissional que é subjetiva e, portanto, dependente da verificação da culpa, e a do hospital ou clínica que é objetiva, neste caso exigindo a presença de defeito na prestação do serviço.

A situação de se confundirem em algumas oportunidades a culpa médica (do profissional) e o defeito do serviço (do hospital ou clínica), como resultantes de um mesmo fato, não faz com que possam ser tratados como um mesmo critério de imputação de responsabilidade, presente nos dois regimes, ou que se conclua por uma dependência necessária entre a existência da culpa do profissional e a possibilidade de responsabilização do hospital. No que se refere ao defeito do serviço, pode ele ser caracterizado pela violação de deveres pelo médico preposto, empregado ou de qualquer modo associado ao hospital ou clínica, da mesma forma como pode ser caracterizado por qualquer outra falha da instituição na prestação do serviço.²⁰³

201. AGUIAR JÚNIOR. Responsabilidade civil do médico, p. 35.

202. Idem, *ibidem*.

203. "Responsabilidade civil. Hospital Santa Casa. Consentimento informado. A Santa Casa, apesar de ser instituição sem fins lucrativos, responde solidariamente pelo erro do seu médico, que deixa de

Da mesma forma, ainda quando se considere a exigência de verificação da culpa como condição para o reconhecimento do defeito (a falha do médico transmuta-se na falha do hospital), nem sempre a culpa médica ou o defeito serão objeto de prova. Poderão ser presumidos em vista das circunstâncias do caso ou em decorrência da inversão do ônus da prova prevista no artigo 6.º, VIII, do CDC nas hipóteses de reconhecimento da hipossuficiência do consumidor ou da verossimilhança de suas alegações, assim como da teoria da carga dinâmica da prova, desenvolvida no âmbito do processo civil. Trata-se, pois, de uma questão circunscrita ao reconhecimento do nexo de causalidade, para o que se deverá examinar a conduta do profissional e do hospital, e não uma vinculação lógica obrigatória entre a culpa do profissional e o defeito na prestação do serviço pela instituição.

3.2.9 Prazo prescricional

O prazo prescricional para o exercício da pretensão reparatória por danos causados aos consumidores-vítimas de acidentes de consumo é de cinco anos, segundo estabelece o artigo 27 do CDC. Note-se, neste sentido que, ao tempo da vigência do Código Civil anterior (de 1916), dada a ausência de prazo específico para o exercício da pretensão de reparação civil dentre os previstos na norma, e a aplicação do prazo prescricional subsidiário e geral de vinte anos relativo à matéria obrigacional, o tempo previsto pelo CDC podia ser considerado diminuto em relação ao que resultava da aplicação da lei civil. Daí porque durante a vigência do Código Civil anterior, houve decisões que afastaram a aplicação do prazo do CDC em favor do prazo maior, vintenário, da então vigente legislação civil,²⁰⁴ o que mereceu aplausos inclusive dentre os autores do anteprojeto do CDC, em seus *Comentários* doutrinários.²⁰⁵

cumprir com a obrigação de obter consentimento informado a respeito de cirurgia de risco, da qual resultou a perda da visão do paciente. Recurso não conhecido" (STJ, REsp 467.878/RJ, j. 05.12.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU 10.02.2003, p. 222).

204. "Direito civil. Ação de reparação de danos em virtude de acidente ocorrido com passageira de ônibus. Responsabilidade contratual. Prescrição. Aplicação do artigo 177 do Código Civil e não do artigo 27 do CDC. I – A hipótese retratada nos autos, acidente com passageira de transporte coletivo, não diz com vício ou defeito de segurança do serviço. Não há como se possa enquadrar a imperícia, imprudência ou negligência do preposto da recorrida, fundamento da ação reparatória, nesse contexto. II – A responsabilidade do transportador é contratual e o direito que se persegue é de natureza pessoal, regido, portanto, pela norma do artigo 177 do Código Civil, não se aplicando o artigo 27 do CDC. III – Recurso conhecido em parte e provido, para afastar o decreto" (STJ, REsp 234.725/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 19.02.2001; DJU 20.08.2001, p. 458). No mesmo sentido: "Civil e processual. Ação de indenização. Acidente de trânsito. Morte de passageira. Prescrição. Incidência do CDC afastada. Código Civil, artigos 177, 159 e 1.521, III, CDC, artigos 14 e 27. Por defeito de serviço, na previsão do artigo 14, § 1.º, I a III, do CDC, há que se entender, no caso do transporte de passageiros, aquele inerente ao curso comum da atividade comercial, em tal situação não se compreendendo acidente que vítima fatalmente passageira do coletivo, uma vez que constitui circunstância extraordinária, alheia à expectativa do contratante, inserindo-se no campo da responsabilidade civil e, assim, sujeita à prescrição vintenária do artigo 177 do Código Substantivo, e não ao artigo 27 da Lei n. 8.078/90. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a prescrição quinzenal e determinar o julgamento do mérito da ação no grau monocrático" (STJ, REsp 280.473, j. 06.03.2001, rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, DJU 04.02.2002, p. 377).
205. DENARI, Zelmo *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed. p. 231. No mesmo sentido Claudia Lima Marques, em nossos: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, 2. ed., p. 430.

Ocorre que, atualmente, o Código Civil de 2002, ao contrário do anterior (de 1916), estabeleceu no artigo 206, § 3.º, V, prazo prescricional específico, de três anos, para o exercício de pretensão de reparação civil. Neste sentido, perde em intensidade o argumento pela utilização de um prazo mais favorável do Código Civil,²⁰⁶ em favor do consumidor, uma vez que este prazo, segundo a norma em vigor, lhe será francamente desfavorável²⁰⁷. Contudo, este tratamento mais favorável (com a aplicação do prazo vintenário do Código Civil de 1916) ainda terá utilidade por alguns anos, quando a pretensão indenizatória tenha surgido antes da vigência do Código Civil de 2002, e tenha se passado até a entrada em vigor da lei nova, mais da metade do prazo previsto no Código Civil revogado (dez anos). É o que prevê a regra de transição do artigo 2.028 do CC. Da mesma forma, não se confunda o prazo prescricional previsto no art. 27 do CDC para exercício de pretensão de reparação, e o prazo para exercício da pretensão de devolução ou reembolso de quantias indevidamente pagas, com fundamento no art. 42 do CDC, caso que se tem a pretensão restitutória. Neste caso, a ausência de prazo específico no CDC atrai a incidências das regras do Código Civil. Deste modo, aplicando-se, na ausência de prazo específico, do prazo decenal a que se refere o art. 205 do Código Civil.²⁰⁸

206. "Consumidor e Civil. Artigo 7.º do CDC. Aplicação da lei mais favorável. Diálogo de Fontes. Relativização do princípio da especialidade. Responsabilidade civil. Tabagismo. Relação de consumo. Ação indenizatória. Prescrição. Prazo. O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. Assim, e nos termos do artigo 7.º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. Diante disso, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do artigo 27 do CDC à hipótese dos autos, devendo incidir a prescrição vintenária do artigo 177 do CC/1916, por ser mais favorável ao consumidor. Recente decisão da 2.ª Seção, porém, pacificou o entendimento quanto à incidência na espécie do prazo prescricional de 05 anos previsto no artigo 27 do CDC, que deve prevalecer, com a ressalva do entendimento pessoal da Relatora. Recursos especiais providos" (STJ, REsp 1.009.591/RS, 3.ª T., j. 13.04.2010, rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 23.08.2010).
207. "Direito do consumidor. Responsabilidade civil por fato do produto. Indenização. Danos morais e materiais. Tabagismo. Prescrição. Cinco anos. 1. Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto (artigo 27 do CDC). 2. A regra especial expressa no Código de Defesa do Consumidor afasta a incidência da norma geral prevista no Código Civil (artigo 2.º, § 2.º, da LICC [atualmente LINDB]). 3. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1036230/SP, 3.ª T., j. 23.06.2009, rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do TJRS), Dje 12.08.2009).
208. "Processual civil e consumidor. Cobrança indevida. Repetição de indébito. Prescrição. Prazo decenal. Restituição dos valores pagos indevidamente, observado o prazo prescricional. Dano moral. Não ocorrência. SÚMULA 7/STJ. 1. O Tribunal de origem, reformando a decisão de primeiro grau, deu parcial provimento à Apelação da O/S/A para entender cabível a restituição dos valores pagos indevidos; porém, declara prescrita a pretensão de repetição do indébito anterior ao prazo trienal; e quanto ao dano moral, afirmou ser indevido, visto que se trata de situação de mero dissabor, não passível de se caracterizar dano indenizável. 2. Quanto ao tema da prescrição, cumpre registrar que a Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki (Dje 15.9.2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ 8/2008, firmou o entendimento de que, ante a ausência de disposição específica acerca do prazo prescricional aplicável à prática comercial indevida de cobrança excessiva, é de rigor a aplicação das normas gerais relativas à prescrição insculpidas no Código Civil à ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto. Assim, tem-se prazo vintenário, na forma estabelecida no art. 177 do Código Civil de 1916, ou decenal, de acordo com o previsto no art. 205 do Código Civil de 2002. 3. Diante da mesma conjuntura, não há razões para adotar solução diversa nos casos de repetição de indébito dos serviços de telefonia. Precedentes do STJ. 4. Assim, aplica-se

Dentre as questões envolvem o prazo prescricional de cinco anos, estabelecido no artigo 27 do CDC, por outra parte, importa a relativa ao do termo inicial de sua fluência, o que nos termos referidos na lei, só se opera a partir do conhecimento do dano e de sua autoria (“Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”).

A opção da lei brasileira distingue-se da solução adotada pela Diretiva europeia 85/374/CEE, que lhe serviu de inspiração. Nesta, o termo inicial do prazo prescricional se dá quando o lesado “teve ou devia ter tido conhecimento do dano, do defeito e da identidade do produtor” (artigo 10 da Diretiva).

Entretanto, se por um lado a lei brasileira afasta-se da solução europeia, ao não determinar também, como critério para deflagração da fluência do prazo prescricional, a necessidade de conhecimento do defeito, de outro o legislador brasileiro evitou a insegurança prática que as expressões “teve ou devia ter tido conhecimento”, adotadas na norma europeia, podem acarretar. Neste sentido, a norma brasileira foi clara ao estabelecer que o termo inicial se dá quando houver o conhecimento do dano e de sua autoria. Trata-se, portanto, do conhecimento efetivo, não o suposto ou exigível em dadas e incertas circunstâncias.

Da mesma forma, note-se que não basta ter conhecimento do dano, mas é necessário também que conheça sua autoria, o que importa saber para efeito de determinar contra quem exercerá sua pretensão reparatória. A prescrição como fenômeno extintivo da pretensão sustenta-se no conhecido adágio romano, *dormientibus ius non succurrit* (o direito não socorre aos que dormem). No caso, tratou o legislador do CDC de estabelecer a certeza da possibilidade real de exercício da pretensão (consciência do dano e de sua autoria), para então estabelecer critério de início da fluência do prazo prescricional.

Todavia, como aponta a doutrina brasileira, a ausência da previsão normativa do conhecimento do defeito ao lado das estabelecidas com relação ao conhecimento do dano e da sua autoria, pode conduzir a problemas práticos no que diz respeito à possibilidade efetiva de exercício da pretensão. Observe-se que, *conhecimento do dano* significa o conhecimento dos seus prejudiciais à pessoa ou ao patrimônio das vítimas.²⁰⁹ Neste sentido, o conhecimento do dano

na espécie o prazo prescricional decenal, merecendo reforma o acórdão recorrido quanto ao prazo prescricional e à restituição dos valores pagos indevidamente, observado o prazo prescricional. 5. Quanto ao dano moral, é inviável analisar a tese defendida no Recurso Especial, a qual busca afastar as premissas fáticas estabelecidas pelo acórdão recorrido, pois inarredável a revisão do conjunto probatório dos autos. Aplica-se também nesse tópico o óbice da Súmula 7/STJ. 6. Recurso Especial parcialmente provido”. (STJ, REsp 1523720/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2a Turma, j. 21.05.2015, Dje 05.08.2015).

209. “Recurso especial. Direito civil e direito ambiental. Contaminação do solo e do lençol freático por produtos químicos utilizados em tratamento de madeira destinada à fabricação de postes. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Prescrição. Termo inicial. Súmula n. 7/STJ. Não cabimento. Círculo inequívoco. Precedentes. 1. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e o paradigma, o que não ocorreu no caso. 2. Inviável a incidência da Súmula n. 7/STJ a obstaculizar o conhecimento do recurso, visto que se trata, na espécie, tão somente de firmar posição sobre tese jurídica, isto é, qual o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Precedentes. 3. Não há como se presumir que, pelo simples fato de haver uma notificação pública da existência de um dano ecológico, a população tenha manifesto conhecimento de quais são os efeitos nocivos à saúde em decorrência da contaminação. 4. Na linha dos precedentes desta Corte Superior, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação

não assegura que o consumidor-vítima de um acidente de consumo esteja consciente de que este tenha se dado em razão de um defeito, ou mesmo qual a espécie de defeito. Eventual identificação da existência do defeito e sua extensão poderão depender de longas investigações,²¹⁰ período em que o consumidor, embora já possa ingressar com a ação reparatória, pode não possuir ainda todas as informações para fundamentar o correto exercício desta pretensão. Daí porque surge o entendimento, defendido por autores de destaque, indicando o conhecimento do defeito como requisito implícito, ao lado do conhecimento do dano e da autoria, já expressos no artigo 27, para a determinação do termo inicial da contagem do prazo prescricional.²¹¹

Outra questão diz respeito às regras de suspensão ou interrupção da prescrição. Neste caso, observam-se como aplicáveis ao regime do CDC, as regras de suspensão e interrupção do prazo prescricional, previstas nos artigos 197 a 204 do CC, naquilo que couberem. Da mesma forma, deve ser destacado o entendimento da jurisprudência brasileira de que, quando se trate de prazo relativo à pretensão de pagamento da indenização pela seguradora, ou seja, hipótese em que a legitimidade passiva decorre da existência de um contrato de seguro, o prazo prescricional reconhecido é de um ano, previsto no artigo 206, I, do CC.²¹² Todavia, mesmo neste caso, havendo dois fatos que possam ser qualificados como passíveis de indicar o termo inicial de contagem do prazo, deverá o intérprete observar o mais favorável ao consumidor.²¹³

de indenização, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte não provido, para dar prosseguimento ao processo. (STJ, REsp 1.346.489/RS, 3.ª T., j. 11.06.2013, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 26.08.2013).

210. Paulo de Tarso Sanseverino cita o exemplo da queda de um avião, cujas causas do acidente só poderão ser precisadas após longas investigações dos órgãos competentes. SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor...*, p. 300.
211. Neste sentido sustentam: ROCHA, Sílvio Luis Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor...*, p. 114; SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor...*, p. 300.
212. “Civil. Acidente de veículo. Seguro. Indenização. Recusa. Prescrição anual. Código Civil, artigo 178, § 6.º, II. Inaplicabilidade à espécie do Código de Defesa do Consumidor, artigo 27. I. Em caso de recusa da empresa seguradora ao pagamento da indenização contratada, o prazo prescricional da ação que a reclama é o de um (1) ano, nos termos do artigo 178, § 6.º, II, do CC. II. Inaplicabilidade do lapso prescricional quinquenal, por não se enquadrar a espécie do conceito de “danos causados por fato do produto ou do serviço”, na exegese dada pela 2.ª Seção do STJ, uniformizadora da matéria, ao artigo 27 c/c os artigos 12, 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, desde o REsp 207.789/RJ, rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 24.09.2001. III. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 146.186/RJ, 2.ª Seção, j. 12.12.2001, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 19.12.2002, p. 327). No mesmo sentido: “Civil. Seguro de veículo. Ação monitoria para cobrança da cobertura da seguradora. Prescrição anual. Código Civil, artigo 178, § 6.º, do CDC. Artigo 27. Inaplicabilidade ao caso. I. Em caso de recusa da empresa seguradora ao pagamento da cobertura securitária contratada, o prazo prescricional da ação que a reclama é o de 1 (um) ano, nos termos do artigo 178, § 6.º, do CC. II. Inaplicabilidade do lapso prescricional quinquenal, por não se enquadrar a espécie nas situações previstas no artigo 27 c/c os artigos 12, 13, e 14 do Código de Defesa do Consumidor. III. Jurisprudência pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça a partir do REsp 207.789/RJ” (2.ª Seção, rel. p/ acórdão Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 24.09.2001). IV. Recurso especial conhecido e provido, para extinguir a ação com base no artigo 269, IV, do CPC (STJ, REsp 401.369/SC, 4.ª T., j. 16.04.2002, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 24.06.2002, p. 313).
213. “Processo Civil. Recurso Especial. Seguro de vida e saúde. Ausência de recusa formalizada pela seguradora. Prescrição. Termo inicial. Ciência inequívoca da moléstia. Pluralidade de parâmetros razoáveis. Relação de consumo. Interpretação teleológica e sistemática. Pronúncia de ofício em desvantagem da parte hipossuficiente. Impossibilidade. *Leading case*. 1. O prazo prescricional de 1

Por fim, cumpre referir sobre o prazo prescricional para o exercício pelo fornecedor que responde pela indenização da pretensão prevista no artigo 13, parágrafo único do CDC, qual seja de ação regressiva contra o fornecedor que tenha efetivamente dado causa ao dano. Neste caso, parece-nos que o prazo prescricional não é o do regime especial do CDC, uma vez que este é exclusivo para reparação de danos aos consumidores. Respondendo o fornecedor, por força da solidariedade, pela indenização, e sendo titular de pretensão de ação de regresso contra outro fornecedor que tenha dado causa ao dano, o prazo do exercício da pretensão passa a ser estabelecido pelo Código Civil. E neste caso, na falta de prazo específico desta norma, parece-nos que o prazo aplicável na hipótese é o prazo geral de dez anos, previsto no artigo 205 do CC (“A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”).

3.2.10 Responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto e do serviço na internet

A aplicação dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil do fornecedor (conduta, nexo de causalidade, dano e defeito) às relações estabelecidas na internet oferece sensíveis desafios, sobretudo, no que se refere à sua adequada demonstração.²¹⁴ Ou seja, a prova de que uma conduta deu causa a determinados danos é providência que demanda a utilização de instrumental tecnológico da própria internet, o que muitas vezes revela-se custoso, assim como dificultado pela inexistência de registros precisos, ou cujo acesso é restringido em vista da proteção do sigilo de comunicações ou da privacidade dos envolvidos.

Da mesma forma, considerando certa espécie de ilícitos cometidos por intermédio da internet, como os que dizem respeito à divulgação de informações resguardadas por sigilo, informações falsas que importem na violação da honra,²¹⁵ abalo de crédito, ou informações que,

(um) ano para o ajuizamento da ação indenizatória do segurado contra a seguradora tem como marco inicial a ciência inequívoca do sinistro. Súmula 278/STJ. 2. Constatado inequivocamente o sinistro, o prazo prescricional para o ajuizamento pode ser suspenso com a comunicação de sinistro à seguradora. Súmula 229/STJ. 3. O curso do prazo é retomado somente após a expressa recusa administrativa. Sendo inexistente a recusa, o prazo prescricional permanece suspenso. Precedente. 4. Decorrido o prazo anual entre o sinistro e o aviso administrativo ou – na falta deste – o ajuizamento da ação, o pedido de pagamento do prêmio segurado está prescrito. Súmula 101/STJ. 5. Havendo mais de um parâmetro relativo à ciência inequívoca do sinistro, o intérprete deverá adotar aquele que mais favoreça o consumidor, sobretudo quando houver risco de pronúncia da prescrição de ofício (artigo 279, § 5.º, do CPC). Conflito de valores solucionado por interpretação teleológica e sistemática de normas (artigos 3.º, § 2.º, 6.º, VIII, e 47 do CDC; artigo 5.º, XXXII, da CF/1988), jurisprudência consolidada e princípios gerais do Direito (segurança jurídica e boa fé objetiva). 6. Recurso especial provido para anular o acórdão proferido em dissonância com o entendimento inaugurado na espécie” (STJ, REsp 1.179.817/SP, 3.ª T., j. 24.05.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 01.06.2011).

214. Para o tema, veja-se: MIRAGEM, Bruno. Direito civil: responsabilidade civil. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 807 e ss.

215. “Reparação de danos morais. Criação de perfil falso em site de relacionamentos na Internet. ‘Orkut’. Conteúdo ofensivo à honra e à imagem. Provedor que, interpelado pelo usuário sobre a fraude, nada promove para excluir a conta falsa nem fazer cessar a veiculação do perfil. Negligência configurada. Dever de reparar os danos morais a que deu causa, por permitir a perpetuação da ofensa e o agravamento da lesão à personalidade do autor. Não se olvida que o requerido é um provedor de serviços da Internet, funcionando como mero hospedeiro das informações postadas pelos usuários. Assim, dele não é razoavelmente exigível que promova uma censura preventiva do conteúdo das páginas

embora verdadeiras, afetem a intimidade, privacidade, ou imagem alheias, em vista do conteúdo ou do modo como estas informações são difundidas, quando na internet observam enormes dificuldades de identificação do autor do ilícito. O envio de mensagens eletrônicas sucessivas, reencaminhadas pelos seus iniciais destinatários, e de modo repetido pelos sucessivos novos destinatários (*e-mail viral*), faz com que se torne pouco provável a identificação do responsável originário, ainda que não elimine a possibilidade de responsabilização de todos os que atuem decisivamente para ampliar o âmbito de repercussão do ilícito. O mesmo ocorre nos denominados “blogs”, nos quais qualquer pessoa, possuindo uma conta de *e-mail* pode possuir uma *home page* pessoal, a qual, em regra, aceitará a contribuição de outros tantos que se dispuserem a acessar e registrar manifestações pessoais (*posts*), as quais permanecem ostensivas para todos os que acessem a página dali por diante. Orienta-se a jurisprudência pelo reconhecimento do dever dos provedores de manter meios de identificação dos usuários dos sites que fazem publicar neles conteúdo próprio, cuja violação enseja, contudo, responsabilidade objetiva, por culpa *in omissendo*.²¹⁶ Tais circunstâncias apresentam problemas bem definidos no que diz respeito à determinação do nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

de Internet criadas pelos próprios internautas, notadamente porque seria difícil definir os critérios para determinar quando uma determinada publicação possui cunho potencialmente ofensivo. O monitoramento prévio de informações, portanto, é inexigível. Em que pese isso, o provedor tem o dever de fazer cessar a ofensa, tão logo seja provocado a tanto, em razão de abusos concretamente demonstrados. No caso dos autos, mesmo tendo sido interpelado da ocorrência da fraude, o réu quedou-se inerte, nada tendo promovido por cerca de um mês. Permitiu fossem perpetradas, a cada dia, novas ofensas à honra e a imagem do autor, agravando ainda mais a lesão à sua personalidade. Foi negligente. Agindo com culpa, praticou ato ilícito, devendo responder perante o autor pela reparação dos danos causados. Dano moral configurado, ante a violação do direito fundamental à honra e à imagem (artigo 5.º, X, da CF), possibilitada a perpetuação dessa ofensa e o agravamento da lesão, por ato omissivo da ré. Recurso *parcialmente provido*” (TJRS, Recurso Cível 71001373646, 3.ª Turma Recursal Cível, j. 16.10.2007, rel. Des. Eugênio Facchini Neto, DJ 22.10.2007). No mesmo sentido: TJRS, Recurso Cível 71001408160, 3.ª Turma Recursal Cível, j. 26.02.2008, rel. Des. Carlos Eduardo Richinitti, DJ 04.03.2008).

216. “Cível e consumidor. Internet. Provedor de conteúdo. Usuários. Identificação. Dever. Guarda dos dados. Obrigação. Prazo. Dispositivos legais analisados: Arts. 4.º, III, do CDC; 206, § 3.º, V, 248, 422 e 1.194 do CC/02; e 14 e 461, § 1.º do CPC. 1. Ação ajuizada em 30.07.2009. Recurso especial concluso ao gabinete da relatora em 04.11.2013. 2. Recurso especial que discute os limites da responsabilidade dos provedores de hospedagem de blogs pela manutenção de dados de seus usuários. 3. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários divulguem livremente suas opiniões, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada imagem uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, do dever de informação e do princípio da transparência, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omissendo*. Precedentes. 4. Uma vez ciente do ajuizamento da ação e da pretensão nela contida – de obtenção dos dados de um determinado usuário – estando a questão sub iudice, o mínimo de bom senso e prudência sugerem a iniciativa do provedor de conteúdo no sentido de evitar que essas informações se percam. Essa providência é condizente com a boa-fé que se espera não apenas dos fornecedores e contratantes em geral, mas também da parte de um processo judicial, nos termos dos arts. 4.º, III, do CDC, 422 do CC/02 e 14 do CPC. 5. As informações necessárias à identificação do usuário devem ser armazenadas pelo provedor de conteúdo por um prazo mínimo de 03 anos, a contar do dia em que o usuário cancela o serviço. 6. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ, REsp 1.417.641/RJ, 3.º T., j. 25.02.2014, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 10.03.2014).

Conforme sustentam Calderón e Hiruela, o dano causado por intermédio de meios informacionais, o que denominam alguns autores como dano informático, pode ser definido como sendo: “toda lesión o menoscabo causado a un derecho subjetivo mediante la utilización de medios electrónicos destinados al tratamiento automático de la información, y que concurriendo determinados presupuestos, genera responsabilidad”.²¹⁷

Da mesma forma, permanece dentre nós uma razoável indefinição frente a um problema clássico da internet desde sua origem, qual seja, a responsabilidade dos provedores pelos atos ilícitos praticados por seu intermédio, como no caso de anúncios, intermediação de bens e serviços, ou a utilização de contas de *e-mail* para realização de ilícitos. Parece-nos razoável, com respeito a estas questões, que uma resposta adequada decorra de duas linhas de entendimento complementares.

Primeiro, a comparação desta situação com relações jurídicas análogas fora da internet. O oferecimento de uma conta de *e-mail*, paga ou gratuita, não parece ensejar a responsabilidade do provedor que a oferece, na mesma medida em que a operadora de serviços de telefonia não responde pelos danos que alguém dá causa por intermédio da utilização da linha telefônica. Da mesma forma, o simples anúncio publicitário na internet não enseja, *a priori*, a responsabilidade do veículo de comunicação, seja um provedor de internet ou quem simplesmente explore uma *home page*.

Os problemas mais sensíveis em matéria de responsabilidade civil na internet, contudo, surgem quando o ato ilícito não apenas se realiza pelo meio virtual quanto por intermédio de outro meio qualquer, senão quando é justamente a circunstância de existir o meio virtual que termina sendo estabelecido como um diferencial favorável à realização do dano. Ou seja, o ato ilícito e o dano que dele provém não teriam se realizado se não o fosse por intermédio da internet. A este respeito o correto magistério de Guilherme Martins, de que a existência de relações em um ambiente aberto, em que os sujeitos muitas vezes são cobertos pelo anonimato e de comunicação por meio de protocolos, faz com que se deva abandonar “a visão individualista, baseada na presença de uma vítima concreta e de um responsável passível de identificação”.²¹⁸

Da mesma forma ocorre quando o *site* que realiza anúncios ou permite o intercâmbio e aproximação entre pessoas interessadas em manter relacionamentos comerciais ou não, participa dos resultados econômicos deste intercâmbio, seja *diretamente* – por intermédio da cobrança de “taxas de inscrição” ou de percentuais sobre os valores negociados – ou *indiretamente*, em vista da valorização e do prestígio de uma marca, ou conceito economicamente avaliável, bem como pela formação de um cadastro de destinatários potenciais de uma série de mensagens e informações de finalidade econômica ou promocional (e.g., a formação de cadastros de consumidores).

Esta é a circunstância que coloca em um mesmo plano, tanto *sites* de relacionamento, nos quais se permite, de modo gratuito, a divulgação de perfis pessoais e toda a sorte de informações afetas ao âmbito de relacionamento virtual com as mais variadas finalidades sociais, e *sites* de leilão virtual, ou de intermediação de negócios, nos quais a finalidade básica é a aproximação entre interessados na celebração de contratos. Na circunstância da realização de danos por atos

217. Calderón, Maximiliano Rafael. Hiruela, María del Pilar. Daño informático y derechos personalísimos. In: Ghersi, Carlos Alberto (coord.). *Derecho de daños*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999. p. 367.

218. Martins, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo...* cit., p. 56-57.

ilícitos realizados a partir da atividade destes sites, é de ser reconhecida a responsabilidade daqueles que aproveitem da sua exploração econômica.

Seu fundamento, segundo entendimento que se sustenta nesta obra desde sua 1.^a edição, será o risco da atividade desenvolvida, conforme o artigo 14 do CDC, e que ademais está prevista expressamente também no parágrafo único do artigo 927 do CC/2002, o qual consagra a responsabilidade pelo *risco criado* ao estabelecer: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Da mesma forma caracterizando-se os serviços prestados pelos sites como serviços objeto de uma relação de consumo, incidirá o regime da responsabilidade pelo fato do serviço (artigo 14 do CDC), que presume o *risco proveito* de toda a cadeia de fornecedores vinculados à prestação de serviço, ao referir que: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.²¹⁹ E neste sentido igualmente, não importará para a incidência do artigo 14 do CDC, se a vítima do dano tenha sido parte ou não em uma determinada relação de consumo, uma vez que o artigo 17 do CDC preceitua que se consideram consumidores equiparados todas as vítimas de um evento danoso causado por um acidente de consumo.

Em ambas as situações tem-se a responsabilidade objetiva dos sites por danos decorrentes de ato ilícito, com fundamento no risco decorrente do desenvolvimento de suas atividades.²²⁰ Neste sentido, por exemplo, os danos causados ao indivíduo que tem inserido um falso perfil seu em um site de relacionamentos, por uma terceira pessoa, contendo informações inverídicas e ofensivas a seu respeito. Ou ainda aquele que tendo oferecido determinados dados para realização de operações comerciais em um site, tem estas informações utilizadas de forma não autorizada, ou desviada de sua finalidade original.²²¹ Já no caso de mensagens ofensivas enviadas por e-mail, não se reconhece o dever do provedor de fiscalizar o conteúdo da mensagem privada. Contudo, deve contribuir para identificação do remetente, quando solicitado, sob pena de vir a responder igualmente pelos danos causados.²²²

219. Indicando a solidariedade da cadeia de fornecimento no caso de anúncio ofensivo realizado em site da Internet, veja-se: STJ, REsp 997.993/MG, 4.^a T., j. 21.06.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 06.08.2012.

220. Neste sentido, refira-se igualmente, a possibilidade de reconhecimento de risco concorrente, a que refere a tese de TARTUCE, Flávio. Responsabilidade civil objetiva e risco. A teoria do risco concorrente. São Paulo: Método, 2011, p. 240 et seq.

221. MARTINS, Guilherme Magalhães. LONGHI, João Victor. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais – Responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 78, p. 215 et seq. São Paulo: RT, abr.-jun./2011.

222. (...) 4. A fiscalização prévia, pelo provedor de correio eletrônico, do conteúdo das mensagens enviadas por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do artigo 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens encaminhados. 5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo enviadas pelo usuário via e-mail não constitui risco inerente à atividade dos provedores de correio eletrônico, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, do CC/2002. 6. Ao ser comunicado de que determinada mensagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor de correio eletrônico agir de forma enérgica, suspendendo a respectiva conta de e-mail, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 7. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua

Ocorre que, a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade do provedor de internet por danos causados em razão de fatos realizados por terceiro por seu intermédio, aplicou o CDC, porém deixou de definir a imputação de responsabilidade objetiva do provedor, entendendo pela ausência de um dever geral de vigilância dos provedores em relação ao ato de terceiros.²²³ Trata-se da adoção, no direito brasileiro, do critério do *notice*

opinião, deve o provedor de correio eletrônico ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omissendo*. 8. Por mais que se intitule um site de seguro, a Internet sempre estará sujeita à ação de hackers, que invariavelmente conseguem contornar as barreiras que gerenciam o acesso a dados e informações. Assim, a impossibilidade de identificação da pessoa responsável pelo envio de mensagem ofensiva não caracteriza, necessariamente, defeito na prestação do serviço de provedoria de e-mail, não se podendo tomar por legítima a expectativa da vítima, enquanto consumidora, de que a segurança imputada a esse serviço implicaria a existência de meios de individualizar todos os usuários que diariamente encaminham milhões de e-mails. 9. Mesmo não exigindo ou registrando os dados pessoais dos usuários do Hotmail, a Microsoft mantém um meio suficientemente eficaz de rastreamento desses usuários, que permite localizar o seu provedor de acesso (esse sim com recursos para, em tese, identificar o IP do usuário), medida de segurança que corresponde à diligência média esperada de um provedor de correio eletrônico. (...) (STJ, REsp 1300161/RS, 3.ª T., j. 19.06.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 26.06.2012).

223. "Direito Civil e do Consumidor: Internet. Relação de Consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de conteúdo. Fiscalização prévia do teor das informações postadas no site pelos usuários. Desnecessidade. Mensagem de conteúdo ofensivo. Dano moral. Risco inerente ao negócio. Inexistência. Ciência da existência de conteúdo ilícito. Retirada imediata do ar. Dever. Disponibilização de meios para identificação de cada usuário. Dever. Registro do número de ip. Suficiência. 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n.º 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no artigo 3.º, § 2.º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do artigo 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no artigo 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. 6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omissendo*. 7. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet. 8. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ, REsp 1.193.764/SP, 3.ª T., j. 14.12.2010, rel. Min. Nancy

and takedown do direito norte-americano, a exigir a reclamação da vítima da ofensa para provocar o dever de retirada do conteúdo do site pelo provedor, eximindo-o de um dever geral de vigilância do conteúdo de suas páginas divulgadas na internet.²²⁴ No mesmo sentido, precedente do STJ, envolveu provedor de pesquisa na Internet, em relação ao qual uma artista célebre pretendeu impedir que a associação de seu nome a uma determinada prática criminosa (“pedofilia”), de modo a impedir que o provedor divulgasse resultados para estas buscas. A decisão da Corte neste caso, aplicando o CDC, concluiu que a filtragem dos sites não constitui serviço do provedor de pesquisa, razão pela qual não se pode reputar defeituoso, de modo a atrair o artigo 14, para imputar-lhe responsabilidade pelo fato do serviço. Fundou seu entendimento, igualmente, na prevalência da liberdade de informação no caso concreto.²²⁵

Andrighi, *DJe* 08.08.2011). No mesmo sentido: REsp 1.396.417/MG, 3.ª T., j. 07.11.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJe* 25.11.2013. No mesmo sentido: AgRg no AREsp 484.995/RJ, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, 4.ª Turma, j. 03.02.2015, *DJe* 10.02.2015.

224. Veja-se nossos comentários à decisão em: MIRAGEM, Bruno. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações entre provedores de conteúdo da internet e seus consumidores: critérios para identificação da relação de consumo no cyberspaço e a responsabilidade do fornecedor – Comentários ao Resp 1193764/SP. *Revista de direito do consumidor*, v. 79. São Paulo: RT, julho-setembro/2011, p. 407 et seq.
225. “Civil e consumidor. Internet. Relação de consumo. Incidência do CDC. Gratuidade do serviço. Indiferença. Provedor de pesquisa. Filtragem prévia das buscas. Desnecessidade. Restrição dos resultados. Não cabimento. Conteúdo público. Direito à informação. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei 8.078/1990. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no artigo 3.º, § 2.º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do artigo 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas. 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso, aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo artigo 220, § 1.º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação.

O caso dizia respeito à ação indenizatória interposta por pessoa atingida por ofensas e ilações falsas divulgadas em página de rede social mantida na internet. Neste sentido, o STJ, embora tendo reconhecido a aplicação do CDC ao caso, ao pronunciar-se pela ausência do dever geral de vigilância por parte dos provedores, decidiu, afinal, não estar presentes os pressupostos do dever de indenizar. Note-se que a decisão, neste particular, embora mencionando em várias oportunidades ser o caso de responsabilidade objetiva (coerente, no caso com a aplicação do CDC), termina por não conceder a indenização sob o argumento de que não cabe aos provedores a vigilância geral do conteúdo colocado por terceiros na internet, cabendo-lhes agir apenas se notificado pela vítima acerca de eventual lesão a seus direitos. Lança mão o voto-condutor do acórdão, de exemplos do direito comparado, ao referir que: “os Estados Unidos, por exemplo, alteraram seu *Telecommunications Act*, por intermédio do *Communications Decency Act*, com uma disposição (47 U.S.C. § 230) que isenta provedores de serviços na internet pela inclusão, em seu site, de informações encaminhadas por terceiros. De forma semelhante, a Comunidade Europeia editou a Diretiva 2000/31/CE, cujo artigo 15, intitulado ‘ausência de obrigação geral de vigilância’, exime os provedores da responsabilidade de monitorar e controlar o conteúdo das informações de terceiros que venham a transmitir ou armazenar.” Trata-se de uma certa contradição em termos, que afinal deverá ser melhor explicada pelo STJ nos próximos julgados sobre a matéria. Porém, uma interpretação que eventualmente possa auxiliar na interpretação do acórdão seria a de que, diante da ausência de notificação por parte do ofendido, não haveria defeito do serviço do provedor, ou ainda, que o dano em questão decorre de culpa exclusiva de terceiro, ambas excludentes admissíveis pelo artigo 14, § 3.º, do CDC. Contudo, tratam-se de cogitações que ora se fazem, mas não estão presentes no acórdão em questão.

De fato, no Direito europeu que emerge da Diretiva 2000/31/CE, contudo, resta afirmada a ausência de uma obrigação geral de vigilância por parte dos provedores de serviços de internet. Não há, segundo o artigo 15 da referida norma, uma obrigação geral de vigilância dos provedores, consistente tanto na ausência de um dever de vigiar as informações que transmitem ou armazenem quanto a de procurar ativamente fatos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes. Apenas se autoriza os Estados-membros que, ao incorporar as normas da Diretiva, estabeleçam a obrigação de que os provedores informem prontamente às autoridades competentes sobre as atividades empreendidas ou informações ilícitas prestadas pelos autores aos destinatários dos serviços por ele prestados, “bem como a obrigação de comunicar às autoridades competentes, a pedido destas, informações que permitam a identificação dos destinatários dos serviços com quem possuam acordos de armazenagem”. Neste sentido, percebe-se a opção europeia de não reconhecer hipótese de responsabilidade dos provedores de serviços na internet, quando sua atividade diga respeito ao simples transporte ou transmissão de informações pela rede mundial de computadores (artigo 12 da Diretiva 2000/31/CE), que faça armazenagem temporária (*caching*) (artigo 13 da Diretiva 2000/31/CE), ou ainda que realizem armazenagem em servidor, mas que não tenha o provedor conhecimento efetivo da atividade ou informação ilegal, ou na hipótese em que tenham conhecimento da ilegalidade, atuem com diligência no sentido de retirar ou impossibilitar o acesso às informações (artigo 14 da Diretiva 2000/31/CE).

Em linhas gerais, percebe-se que a disciplina de direito comunitário exclui do dever de segurança do provedor o conteúdo das informações, exigindo-lhe atuação específica apenas quando tome conhecimento da atividade ilegal que se realiza por seu intermédio (*atuação dili-*

9. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 131.6921/RJ, 3.ª T., j. 26.06.2012, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 29.06.2012).

gente). Este é o entendimento ora consagrado, pela recente promulgação da Lei 12.965/2014, conhecida, sob certo ufanismo, como “Marco Civil da Internet”.

3.2.11 Responsabilidade dos provedores de internet por conteúdo gerado por terceiros na Lei 12.965/2014 (o denominado “Marco Civil da Internet”)

Originalmente, a jurisprudência e a doutrina brasileiras distinguiam, quanto aos regimes de responsabilidade dos provedores de Internet, a disciplina do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor. Com o advento da Lei 12.965/2014, os deveres dos provedores de internet e a sua responsabilidade por danos causados passam a observar regime especial fixado por esta norma, no que se refere à responsabilidade por conteúdo gerado por terceiros. A elaboração e aprovação pelo Congresso Nacional desta lei, denominada *Marco Civil da Internet*, foram acompanhadas com grande entusiasmo, e de fato é inegável que apresenta sensíveis conquistas para a proteção do acesso e utilização da internet. Todavia, seu processo de discussão e deliberação parlamentar pareceu desconsiderar um dado elementar em relação à internet, qual seja, de que conjuga, ao mesmo tempo, o exercício das liberdades de expressão e informação, e a liberdade de iniciativa econômica. Ou seja, há na internet, em vista da possibilidade de acesso e manifestação no ambiente virtual, situações associadas às liberdades de informação e expressão. No entanto também há, por outro lado, as atividades desenvolvidas pelos provedores de internet que possuem – como regra – conteúdo mediata ou imediatamente econômico, e neste sentido, fundado da livre-iniciativa econômica.

A distinção é relevante na medida em que, para homenagear a liberdade de informação e expressão, base do regime democrático e do Estado de Direito, a orientação do texto normativo claramente fez-se de modo a restringir as hipóteses de responsabilidade do provedor, por danos causados a terceiros. Temia-se que sob o risco de responsabilização dos provedores, pudesse desenvolver-se risco de censura indevida de conteúdos publicados ou tornados disponíveis por intermédio da rede mundial de computadores. Deixou-se de considerar, contudo, que o uso da internet se dá também como espécie de atividade econômica que direta ou indiretamente promove a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo. E neste ponto, a noção de risco-proveito que fundamenta a responsabilidade dos fornecedores, em vista de uma melhor capacidade que detém de distribuição dos custos na cadeia econômica, assim como a proteção das vítimas de fatos decorrentes da violação de direito em matéria de divulgação de produtos e serviços na rede de computadores restou desconsiderada, inspirando-se o legislador em regra única, da Diretiva europeia 2000/31/CE, sobre comércio eletrônico.

Distingue-se na definição da regra de responsabilidade dos provedores, o provedor de conexão (provedor de acesso) e o provedor de aplicações de internet (provedor de conteúdo). No caso do provedor de conexão, o artigo 18 da Lei 12.965/2014 estabelece que “não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”. Ou seja, considerando que o provedor de conexão tem por função apenas promover o acesso à rede, mas não controla o conteúdo disponibilizado, não responderá pelas consequências que podem advir da sua divulgação.

As atividades habitualmente realizadas na Internet – em caráter profissional, no mais das vezes, pelo provedor de conteúdo – dão causa a risco de danos a terceiros. Neste sentido, correta seria a aplicação da cláusula geral de responsabilidade por risco (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil), assinalando o caráter objetivo desta responsabilidade para o efeito de afastar a necessidade de demonstração da culpa do provedor de Internet. Este, contudo, não é

o entendimento do legislador ou da jurisprudência brasileira. Esta, aliás, afasta expressamente a possibilidade de danos decorrentes de publicações por terceiros como risco inerente ao negócio.²²⁶ Destaque-se, naturalmente, que com isso não se advoga a dispensa de que se demonstrem os demais pressupostos da obrigação de indenizar (em especial, o dano e o nexo causal), mas aproxima sensivelmente o regime de responsabilidade do regime imposto aos fornecedores de serviço do Código de Defesa do Consumidor. O enquadramento da divulgação de conteúdo pela Internet que se caracterize como atividade de comunicação social ou imprensa, todavia, com interesse jornalístico e relevância pública, atrai para si o regime de responsabilidade de imprensa.²²⁷

Com a vigência da Lei 12.965/2014 passa-se a identificar dois regimes de responsabilidade distintos. Primeiro, aquele decorrente de danos decorrentes de conteúdo tornado disponível pelo próprio provedor, elaborado por profissionais e/ou pessoas a ele vinculados, portanto, responsabilidade por fato próprio. E outro regime de responsabilidade, a que define a obrigação do provedor a indenizar consequências da divulgação de conteúdo produzido por terceiros e propagado por seu intermédio. No primeiro caso, sendo a atividade do provedor de conteúdo profissional e visando o desenvolvimento de atividade econômica no mercado de consumo, confirma-se a incidência do CDC e seu regime de responsabilidade pelo fato do serviço (artigo 14). Tratando-se de atividade típica de imprensa por intermédio da internet, e da produção de conteúdos próprios pelo provedor que as divulga, o regime de responsabilidade parece ser o do Código Civil.

Já no que diz respeito a conteúdos gerados por terceiros e apenas divulgados pelo provedor de aplicações de internet, aí sim tem lugar a incidência do disposto no artigo 19 da Lei 12.965/2014, que impõe regime de responsabilidade subjetiva, fundada na culpa, na medida em que o provedor só responderá se, tendo sido notificado judicialmente, “não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente”. Ou seja, é responsabilidade por omissão na adoção de providências que sabe, mediante notificação judicial, serem ofensivas a direito alheio. E por

226. Anote-se, contudo, o entendimento jurisprudencial dominante, em sentido diverso, descartando a existência de risco inerente à atividade. Assim: STJ, REsp 1.406.448/RJ, 3.ª T., j. 15.10.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 21.10.2013; e REsp 1.338.214/MT, 3.ª T., j. 21.11.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 02.12.2013.

227. Ressalve-se, a respeito, contudo, o entendimento do STJ, em acórdão de relatoria do Min. Paulo de Tarso Sanseverino: “Recurso especial. Direito civil e do consumidor. Responsabilidade civil. Internet. Portal de notícias. Relação de consumo. Ofensas postadas por usuários. Ausência de controle por parte da empresa jornalística. Defeito na prestação do serviço. Responsabilidade solidária perante a vítima. Valor da indenização. 1. Controvérsia acerca da responsabilidade civil da empresa detentora de um portal eletrônico por ofensas à honra praticadas por seus usuários mediante mensagens e comentários a uma notícia veiculada. 2. Irresponsabilidade dos provedores de conteúdo, salvo se não providenciarem a exclusão do conteúdo ofensivo, após notificação. Precedentes. 3. Hipótese em que o provedor de conteúdo é empresa jornalística, profissional da área de comunicação, ensejando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. 4. Necessidade de controle efetivo, prévio ou posterior, das postagens divulgadas pelos usuários junto à página em que publicada a notícia. 5. A ausência de controle configura defeito do serviço. 6. Responsabilidade solidária da empresa gestora do portal eletrônica perante a vítima das ofensas. 7. Manutenção do ‘quantum’ indenizatório a título de danos morais por não se mostrar exagerado (Súmula 07/STJ). 8. Recurso especial desprovido”. (STJ, REsp 1352053/AL, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 24.03.2015, DJe 30.03.2015)

outro lado, também em relação ao conteúdo gerado por terceiros, quando digam respeito à divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado, estabelece o artigo 21 da Lei 12.965/2014, a responsabilidade subsidiária do provedor, quando após a notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover a indisponibilização do conteúdo. Trata-se de regra especial para o que se convencionou denominar *cyber revenge* (ou “vingança virtual”), frente à grande repercussão de fatos desta natureza, especialmente envolvendo adolescentes. Em relação a tal situação, contudo, a lei é restritiva ao extremo, definindo que responderá o provedor quando “deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço”, a indisponibilização do conteúdo. Remonta, assim, a uma responsabilidade subsidiária e subjetiva, de modo que responderá apenas naquilo que aquele que gerou o conteúdo deixe de responder diretamente.

É de discordar da solução definida pelo legislador, neste ponto. Deixa de se aplicar à internet, a máxima que fundamenta o regime de responsabilidade objetiva contemporânea, fundada no denominado risco proveito: *cuius commoda eius et incommoda*. Ou seja, de que quem tem a vantagem econômica de uma determinada atividade, deva responder pelos riscos de dano que dela resultem. A solução adotada pela Lei 12.965/2014 é a de isentar a atividade dos provedores de aplicações de internet dos riscos da divulgação de conteúdo gerado por terceiros por seu intermédio.

No caso, exclui a lei a consideração de que a disponibilização do conteúdo na rede, por intermédio do provedor de aplicações de internet, possa ser considerado, *per se*, concausa para eventual dano a terceiro. Exige assim, em proteção da liberdade de expressão e visando evitar o que expressamente define como censura, a notificação por ordem judicial do conteúdo considerado lesivo a interesse de terceiro. É de observar, contudo, que a exigência de ordem judicial para reclamar providências, como regra geral de pressuposto para imputação de responsabilidade civil do provedor de internet, ao mesmo tempo em que privilegia a liberdade de expressão, impõe à vítima um grave ônus, de recorrer ao Poder Judiciário, para adoção de providência que a velocidade de difusão da informação pela internet recomenda que seja de grande rapidez, no sentido de impedir a disseminação do conteúdo ofensivo. Neste sentido, aliás, a lei brasileira é mais condescendente do que a norma comunitária europeia, que resume-se a não impor uma obrigação geral de vigilância ao provedor (artigo 15 da Diretiva 2000/31/CE).

Desse modo, decisões como as que até o momento se estabeleciam na jurisprudência, em casos como a responsabilidade dos sites de relacionamento por conteúdo ofensivo à personalidade,²²⁸ não tem mais lugar no regime instituído pela Lei 12.965/2014, se não for antecedido da notificação judicial.

Ainda deve-se mencionar que, segundo a lei brasileira, a ordem judicial que determine ao provedor a indisponibilidade do conteúdo ofensivo, deverá conter, sob pena de nulidade, a “identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a locali-

228. “Reparação de danos morais. Acusações, ameaças e ofensas perpetradas pela ré contra a autora, através de página de relacionamento na Internet (Orkut). Prova suficiente a evidenciar a autoria das agressões. Danos morais configurados, diante da violação à honra e imagem da autora, possibilitada a perpetuação da ofensa diante do meio utilizado. Sentença confirmada pelos próprios fundamentos. Recurso desprovido” (TJRS, Recurso Cível 71001772623, 3.ª T. Recursal Cível, j. 11.11.2008, rel. Des. Eugênio Facchini Neto, DJ 17.11.2008). No mesmo sentido: TJRJ, ApCiv 0035977-12.2009.8.19.0203 1, 11.ª Cam. Civ., j. 08.02.2012, rel. Des. Roberto Guimarães, DJ 07.03.2012, RDC 82/451.

zação inequívoca do material" (artigo 19, § 1.º, da Lei 12.965/2014). Evidencia-se, assim, a opção legislativa na proteção dos interesses dos provedores, em detrimento dos riscos da atividade, eximindo aqueles que a desenvolvem, da responsabilidade dos danos daí advindos, quando se trate de conteúdo gerado por terceiros e divulgado pelos provedores de aplicações de internet (provedor de conteúdo).

Este entendimento, ao trazer para a lei brasileira previsão da regra do *notice and takedown* já definido no RFsp 1.193.764/SP, em certa medida visa a por fim à divergência quanto à responsabilidade dos provedores por atos de terceiros, concordando com quem advogava sua limitação.²²⁹

Anote-se mais uma vez, contudo, que em se tratando de conteúdos gerados pelo próprio provedor, não incidirá o disposto na Lei 12.965/2014, senão, quando esteja caracterizada sua atividade econômica no mercado, mediante equiparação da vítima a consumidor (artigo 17 do CDC), o regime de responsabilidade por fato do serviço previsto no CDC (artigo 14), mantendo-se aí, a responsabilidade objetiva e solidária nele definida. E neste sentido, ao não eliminar a incidência do CDC no caso de dano resultante do conteúdo gerado pelo próprio provedor de aplicações de internet (provedor de conteúdo), também é relevante notar a necessidade de interpretar-se quem deve ser considerado terceiro para efeito de incidência da norma do artigo 19 da Lei 12.965/2014. Neste caso, na linha do entendimento já desenvolvido na interpretação do CDC, é razoável que não se considere como terceiro quem desenvolve atividade profissional vinculada ao provedor, como é o caso do jornalista ou do publicitário que lhe presta serviços embora sem subordinação (note-se que a responsabilidade do empregador pelos danos causados por ato do empregado no exercício de sua atividade laboral, permanece disciplinada pelo artigo 932, III, do Código Civil).

No caso de incidência do CDC na responsabilidade do provedor em decorrência de danos causados por conteúdos gerados pelo próprio provedor, a incidência da responsabilidade independente de culpa, em decorrência do risco negocial, admitirá, igualmente, hipóteses de exoneração da obrigação de indenizar as previstas no artigo 14, § 3.º, do CDC. São elas, a demonstração pelo fornecedor, de que tendo prestado o serviço, não existe o defeito (inc. I), ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. E da mesma forma, deverá pautar a identificação do defeito como causa de responsabilização a ressalva legal prevista no § 2.º do artigo 14 do CDC, qual seja, a de que o serviço não será considerado defeituoso pela adoção de outras técnicas, o que remete, naturalmente, à conclusão, no que concerne aos serviços prestados pela internet, de que a atualização tecnológica dos serviços não tem por consequência a imputação de defeito aos serviços prestados sem o incremento decorrente de novos conhecimentos obtidos mediante pesquisa e desenvolvimento.

A qualificação e identificação dos pressupostos da responsabilidade civil por ato ilícito em nosso sistema, contudo, não será bastante para assegurar eventual responsabilização, sem que se considere o caráter supranacional da internet e a necessidade de adequar os preceitos estabelecidos pela lei brasileira aos instrumentos e identificação da lei aplicável a uma determinada relação jurídica, o que fazemos adiante.

229. Neste sentido, vejam-se os casos invocados por: Leonardi, Marcel. Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros. In: Silva, Regina Beatriz Tavares da; Santos, Manoel Jorge Pereira (orgs.) *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 172.

A insegurança e a imaterialidade das relações estabelecidas por intermédio da internet têm como contraponto o reforço do dever de segurança daqueles que se dedicam a realizar negócios por intermédio da rede.²³⁰

O princípio da proteção da vítima é o corolário da responsabilidade civil na moderna sociedade de consumo. Neste sentido, os instrumentos de direito material e as técnicas processuais de tutela destes direitos devem adequar-se ao objetivo de efetiva reparação do dano. Isto é especialmente relevante quando se trate de danos causados por intermédio da internet, em que a fluidez dos vínculos antecedentes de causalidade, assim como os óbices à correta identificação dos sujeitos das relações estabelecidas e mantidas por intermédio da rede de computadores constituem desafios à adequada tutela das vítimas. Daí porque o exame das principais hipóteses geradoras de danos permite traçar um adequado panorama sobre a efetividade da proteção jurídica da pessoa nas relações estabelecidas pela internet.

Observa-se, dentre os danos a que se dá causa pela internet, as situações em que ocorre ofensa a atributos da personalidade, em especial à integridade moral do indivíduo, pela violação da honra, imagem ou privacidade da vítima. Tais situações são favorecidas no ambiente virtual, fundamentalmente, em razão de alguns traços característicos, como: (a) a impressão de anonimato gerado pela atuação despersonalizada e à distância; (b) a abrangência e velocidade da difusão da informação; (c) a multiplicação da informação mediante sucessivas transmissões (correntes de e-mails, por exemplo); (d) a ausência instrumentos de réplica ou resposta pela vítima (inefetividade do direito de resposta na internet). Tais circunstâncias fazem com que a divulgação de informações individuais verdadeiras ou falsas, que impliquem ofensa à personalidade, tenham na internet um ambiente fértil.

3.3 RESPONSABILIDADE POR VÍCIO DO PRODUTO OU DO SERVIÇO

◦ A responsabilidade civil do fornecedor em direito do consumidor, como já mencionamos, divide-se em dois regimes: o da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço e o da responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço. A distinção entre os regimes, de outro modo, não se estabelece segundo o mesmo critério do regime da responsabilidade civil em direito comum, que de acordo com a fonte do dever violado classifica a responsabilidade como contratual (em face da violação de um dever estabelecido em contrato), ou extracontratual (pela violação de um dever legal ou decorrente de outra fonte jurídica não contratual). Em direito do consumidor, o regime da responsabilidade é determinado em decorrência do conteúdo do dever violado. Neste sentido, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço corresponde à consequência da violação de um dever de segurança que se imputa a todos os fornecedores que se dispõe a introduzir produtos e serviços no mercado de consumo. Por outro lado, a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço decorre da violação a um dever de adequação. *Adequação*, entendida como a qualidade do produto ou serviço de servir, ser útil, aos fins que

230. "Indenização. Dano moral. Transações feitas pela internet. Obrigação da instituição Financeira em oferecer segurança. A obrigação de ofertar segurança às operações realizadas através da Internet não é do correntista, e sim da instituição financeira. A instituição bancária é responsável, objetivamente, pelos danos causados aos seus correntistas pelos serviços por ela prestados. Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, quando presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilidade civil" (TJMG, ApCiv 1.0024.06.215178-2/001, j. 29.11.2007, rel. Des. Mota Silva, Djf 18.12.2007).

legitimamente dele se esperam. Daí porque se deve sempre destacar que os vícios e seu regime de responsabilidade não se confundem com a noção de inadimplemento absoluto da obrigação,²³¹ mas a um cumprimento parcial, imperfeito cuja identificação remete às soluções previstas no Código Civil e na legislação, para atendimento do interesse das partes. a princípio, no cumprimento do contrato.

É evidente, contudo, que o regime da responsabilidade por vícios não tem sua origem no CDC. O direito civil, desde suas fontes romanas,²³² possui largo desenvolvimento teórico e prático acerca dos chamados vícios redibitórios (redibir vem do latim *redihbere* = reaver), considerados no princípio como espécies de distinção entre o declarado e o formalmente ajustado. Esta distinção, inclusive, mantém-se na tradição jurídica brasileira, e em face das Ordenações do Reino, de nossa tradição lusitana, em especial as Ordenações Afonsinas (1446), que brevemente indicaram a possibilidade de redibição do contrato na hipótese de vício oculto, as Ordenações Manuelinas (1521), em que pela primeira vez estabeleceu-se um regime geral de vícios, após reproduzido pelas Ordenações Filipinas (de 1603, vigentes no Brasil até a vigência do Código Civil de 1916), caracterizando-o também quando o vendedor tivesse omitido ou enunciado defeitos ou qualidades da coisa objeto do contrato, hipótese em que se reconhecia a possibilidade de exercício da pretensão redibitória ou a *quantum minoris* (visando à redução do preço da coisa).

O mero vício da coisa, contudo, não restou pacífica como suficiente para a possibilidade de desfazimento do contrato ou do abatimento do preço. De larga utilização no direito ocidental, em especial no *common law*, a regra do *caveat emptor*, que esteve presente pelo menos até a segunda metade do século XIX,²³³ estabelecia ao comprador a responsabilidade por assegurar-se sobre a ausência de vícios da coisa comprada, hipótese em que, se não fosse diligente ou suficiente para identificá-lo antes da tradição, passava a arcar com os prejuízos, dele decorrentes.

As codificações modernas passaram a tratar o tema dentro da regulação do contrato de compra e venda e dos direitos e deveres atinentes ao comprador e ao vendedor. O Código francês

231. "Recurso Especial. Civil. 'Pacote turístico'. Inexecução dos serviços contratados. Danos materiais e morais. Indenização. Artigo 26, I, do CDC. Direito à reclamação. Decadência. — O prazo estatuído no artigo 26, I, do CDC, é inaplicável à espécie, porquanto a pretensão indenizatória não está fundada na responsabilidade por vícios de qualidade do serviço prestado, mas na responsabilidade contratual decorrente de inadimplemento absoluto, evidenciado pela não prestação do serviço que fora avençado no 'pacote turístico'" (STJ, REsp 278.893/DF, 3.ª T., j. 13.08.2002, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 04.11.2002, p. 197).

232. No direito romano, as ações por vícios redibitórios (*actio redhibitoria*, para restituição do preço e devolução do preço, assim como *actio quanti minoris*, de abatimento do preço da coisa) tiveram sua origem no direito especial estabelecidos por espécies de órgãos jurisdicionais do mercado (*aediles curules*), para os negócios relativos à compra e venda de escravos. Ambas as ações tinham os mesmos pressupostos, dentre os quais a) de que o vendedor, consciente ou inconscientemente, não manifestou certos vícios especificados no Édito, e que estava obrigado a manifestar; ou b) afirmou expressamente (*dictum*) ou prometeu mediante estipulação (*promissum*) que o escravo não tinha outros defeitos ou tinha qualidades especiais; e c) o vendedor teve de outro modo um comportamento doloso. Conforme KASER, Max. *Direito privado romano*: Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1999, p. 247-248. Ainda sobre a disciplina dos vícios no direito romano: MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 2, p. 163 et seq. Igualmente, para um excelente panorama histórico da evolução da disciplina dos vícios, em especial no tocante ao direito romano, veja-se: SCARTEZZINI GUIMARÃES, Paulo Jorge. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança. Cumprimento imperfeito do contrato*. São Paulo: RT, 2004. p. 25-45.

233. ATIYAH, Patrick. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979. p. 479.

de 1804 (artigos 1.641-1.649), por exemplo, estabeleceu como vício que enseja as pretensões de redibição ou de abatimento do preço pelo comprador aqueles ocultos, entendidos como os que não são perceptíveis por indivíduo de diligência normal no momento da compra. Da mesma forma, a regra de que, havendo dolo do vendedor, assiste ao credor o direito de reclamar indenização. Em direito italiano a disciplina dos vícios redibitórios constaram dos artigos 1.490 a 1.497 do Código Civil de 1942. Já no direito alemão, o fazem os parágrafos 459 e 462 do BGB vigente (após a reforma de 2002), os quais estabelecem que caracterizando-se o vício como anterior à tradição da coisa ou à assunção do risco pelo adquirente, surge para este o direito de abatimento do preço, rescisão do negócio, substituição da coisa ou saneamento do mesmo pelo vendedor.

No direito brasileiro, o Código Civil de 1916 previu a disciplina dos vícios redibitórios, estabelecendo a possibilidade, nos artigos 1.101 a 1.106, de recurso do adquirente às ações edilícias, em face de vício aparente ou oculto, em todas as espécies de contratos onerosos e comutativos (inclusive as doações onerosas, e não apenas na compra e venda, como no direito romano). Estas terão por objeto a pretensão de abatimento do preço (pretensão *quantum minoris*), por intermédio de ação estimatória, ou a rescisão do contrato (pretensão redibitória), cumulada a perdas e danos, quando comprovada a má-fé do alienante, (pretensão indenizatória), a serem apuradas por intermédio da ação redibitória.

O Código Civil de 2002 reproduz estas garantias e estabelece em seu artigo 441 a garantia legal em relação aos vícios redibitórios nos seguintes termos: "Coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor". No sentido do Código Civil, portanto, há vício quando este *minus* da coisa a torne imprópria ao seu uso ordinário ou diminua-lhe o valor. A pretensão de abatimento do preço, de sua vez, é faculdade do adquirente que quiser optar por esta via, e não pela redibição do contrato (artigo 442), sendo admissível a pretensão indenizatória desde que o alienante tenha agido com má-fé, ou seja, que ele conhecia a existência do vício e não o informou (artigo 443). Ainda que o atual Código Civil não tenha reproduzido regra do direito anterior, permitindo o afastamento da pretensão reparatória mediante convenção das partes, há quem sustente que esta possibilidade remanesce no direito civil atual,²³⁴ em face da liberdade de convenção (autonomia da vontade) e disponibilidade das normas em direito obrigacional.

Já no que se refere aos prazos para interposição da ação redibitória, o artigo 445, do Código Civil, estabelece: "O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. § 1.º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência; até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis".²³⁵ E, no caso de haver garantia, não correrá o prazo, mas o adquirente deverá denunciar o vício ao alienante no prazo de 30 (trinta) dias, contados do momento do seu conhecimento.

234. SIMÃO, José Fernando. *Os vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 146.

235. O estabelecimento de prazos, assim como de limites temporais para o exercício da pretensão às ações edilícias pelo Código Civil de 2002, ao mesmo tempo em que amplia os prazos para manifestação dos vícios, compatibiliza a ampliação da responsabilidade do alienante, com "um limite que prestigia a estabilidade das relações". Assim: TEPEDINÓ/BARBOZA/BODIN DE MORAES. *Código civil interpretado...*, v. 2, p. 71.

Entretanto, a princípio não se aplica o regime do Código Civil aos vícios de produtos e serviços nas relações de consumo, os quais serão regulados integralmente pelo regime estabelecido no CDC, tendo as disposições do Código Civil mera aplicação subsidiária.²³⁶ Se no direito civil o fundamento dos vícios redibitórios é perquirido em vista de uma série de teorias, como a teoria do erro,²³⁷ do inadimplemento,²³⁸ da pressuposição,²³⁹ ou ainda o princípio da garantia,²⁴⁰ no direito do consumidor, diverso é o fundamento da responsabilidade pelos vícios do produto ou do serviço. Como bem observa João Calvão da Silva, no modelo civilista, a responsabilidade por vícios da coisa está orientada para o seu valor de troca (*Tauschwert*), e não para seu valor de uso ou consumo (*Gebrauchswert*). Neste sentido, “disciplina igualmente todos os contratos e compra e venda, sem distinguir entre os que são celebrados no iter produtivo-distributivo por entidades motivadas pelo valor de comercialização ou troca, e os que são concluídos pelo consumidor privado para satisfação do seu interesse pessoal ou familiar, que valoriza a utilização ou o uso dos bens”.²⁴¹ Como já mencionamos anteriormente, embora separados no que diga respeito aos deveres específicos imputados ao fornecedor (adequação e segurança), tanto a responsabilidade pelo fato, como a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, observam o regime da responsabilidade objetiva, decorrente do traço comum a ambos os regimes de responsabilidade, que é a denominada *teoria da qualidade*, vinculada à proteção da confiança dos consumidores.²⁴² Este fundamento da responsabilidade nos contratos de consumo, de sua vez, determina aos fornecedores um dever geral de oferecer produtos e serviços seguros e adequados aos fins que deles se pretendem.

Neste sentido, são reconhecidas diferenças fundamentais entre a responsabilidade por vícios no direito do consumidor e o regime consagrado aos vícios redibitórios pelo direito civil comum. Dentre os traços característicos da responsabilidade por vício do produto e do serviço em relações de consumo, regidas pelas normas de direito do consumidor, podemos referir: a) a espécie e qualidade dos vícios do produto e do serviço no regime do CDC (superação da bipartição entre vícios aparentes e ocultos); b) a responsabilidade objetiva do fornecedor; c) a solidariedade entre todos os fornecedores frente ao consumidor para satisfação dos direitos previstos pelo CDC; d) os efeitos da existência de vício em face do consumidor (surgimento do direito potestativo de escolha do consumidor em relação às alternativas previstas em lei), e e) as normas legais que disciplinam a matéria são normas de ordem pública, insuscetíveis de derrogação por acordo das partes (artigos 24, 25 e 51, I, do CDC), a não ser dentro dos limites que o próprio CDC autoriza (a redução ou ampliação do prazo de 30 dias para sanar o vício, previsto no artigo 18, dentro dos limites entre 7 e 180 dias – artigo 18, § 2.º do CDC).

236. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 982.

237. Parece defender a aproximação entre os vícios redibitórios e a teoria do erro de consentimento: CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignácio. *Doutrina e prática das obrigações*, t. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 374. Em sentido semelhante, relacionando ainda a teoria da pressuposição e a teoria da equidade: MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil. Direito das obrigações – 2.ª parte*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 47-48.

238. VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 477.

239. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso...*, p. 47. Para um excelente exposição das principais teorias: LIMA, Otto de Souza. *Teoria dos vícios redibitórios*. São Paulo: RT, 1965. p. 189 *et seq.*

240. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3, p. 73.

241. CALVÃO DA SILVA. *Responsabilidade civil do produtor...*, p. 279.

242. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 983-984.

Examinemos, agora, tais aspectos característicos do regime da responsabilidade por vícios no CDC.

3.3.1 Definição

A responsabilidade do fornecedor por vícios do produto ou do serviço abrange o efeito decorrente da violação aos deveres de qualidade, quantidade, ou informação, impedindo com isso, que o produto ou serviço atenda aos fins que legitimamente dele se esperam (dever de adequação). Veja-se que, fiel a finalidade específica da responsabilidade por vícios no CDC, que é a garantia de qualidade do produto ou serviço, três são os deveres colocados em relevo: a *qualidade* do produto ou do serviço, a *quantidade* e a *informação* transmitida pelo fornecedor.

O vício de *qualidade* do produto ou do serviço decorre da ausência, no objeto da relação de consumo, de propriedades ou características que possibilitem a este atender aos fins legitimamente esperados pelo consumidor. Estabelece o artigo 18, *caput*, do CDC: "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 as 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". Da mesma forma dispõe o artigo 20, com relação ao vício do serviço: "O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha (...)" Trata-se de uma frustração dos fins legitimamente esperados pelo consumidor na aquisição ou utilização do produto ou serviço. Dentre os fins legitimamente esperados incluem-se o atendimento da utilidade presumível e razoavelmente esperada²⁴³ do produto ou serviço (e.g., sobre a geladeira adquirida pelo consumidor espera-se que refrigere, assim como da caneta esferográfica, que seja com ela possível escrever em papel).

Em matéria de vício do serviço, há clara aproximação da teoria do inadimplemento. Pode ofender o interesse útil do consumidor o fato do serviço ser prestado sem observar tempo, lugar e modo devidos em vista de oferta ou publicidade, ou ainda, de prévio ajuste entre as partes.

Da mesma forma, é legítimo ao consumidor assegurar que o produto adquirido conserve parte do seu valor econômico, ou melhor, que não sofra diminuição indevida do seu valor em razão de falha em sua apresentação, funcionamento ou utilidade representada por vício do mesmo. Por fim, cumpre lembrar a expectativa legítima do consumidor de que o produto esteja próprio ao consumo. Neste sentido, o artigo 18, § 6.º, explicita o que se trata de produto impróprio ao consumo, caracterizando também vício de qualidade, ao estabelecer: "(...) § 6.º 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

243. No mesmo sentido: ALMEIDA, Carlos Ferreira. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 105. Apontando a necessidade de este exame ser realizado pelo juiz, em acordo com as circunstâncias do caso concreto: QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: RT, 1998, p. 134-135.

regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação; III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam”.

Assiste, todavia, ao fornecedor, desde que devidamente destacado como tal, a possibilidade de venda de produtos com pequenos vícios, mas que não comprometem totalmente sua utilidade, como é o caso das pontas de estoque, ou saldos com produtos mais baratos em razão de vício no seu processo produtivo. Neste caso, apenas será exigido que a existência do vício seja adequadamente informada ao consumidor, assim como, dado a diminuição de utilidade ou valor do produto comercializado, seu preço seja inferior ao preço da mesma mercadoria sem vícios (em acordo com o princípio do equilíbrio, que orienta o direito do consumidor). Nesta circunstância, naturalmente, e em vista da boa-fé objetiva que orienta a relação entre as partes, não poderá o consumidor, após realizada a compra e tendo previamente sido informado suficientemente sobre o vício, exercer as pretensões de previstas no artigo 18 do CDC. A informação correta sobre a existência do vício e a diminuição proporcional do preço do produto viciado em relação a outro em perfeitas condições, afasta a possibilidade do exercício da pretensão pelo consumidor. Em nenhuma hipótese, contudo, o vício do produto comercializado nestas condições poderá comprometer toda sua utilidade, nem apresentar riscos à saúde ou segurança do consumidor (qualificando-se como defeito), hipótese em que se estará violando diretamente as normas de proteção previstas no CDC.

O *vício de quantidade*, como o próprio termo sugere, diz respeito a uma falha do fornecedor decorrente da disparidade entre a quantidade apresentada, ofertada ou sugerida pela publicidade, rotulagem ou apresentação do produto ou serviço do produto ou serviço, e aquela efetivamente contida ou disponível ao consumidor. Estabelece o artigo 19 do CDC: “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”. Embora a norma não faça expressa menção à oferta de consumo, parece incluí-la,²⁴⁴ uma vez que o regime da oferta do CDC abrange claramente “toda a informação suficientemente precisa”, inclusive em matéria de publicidade. Com relação ao vício de quantidade, foi muito comum há alguns anos atrás no Brasil, que em face da estabilização dos preços, e da competição em certos setores da economia, muitos fornecedores tenham realizado pequenas diminuições na quantidade de seus produtos (bastante conhecidos foram os casos de marcas de papel higiênico que reduziram a metragem do rolo de 40 para 30 metros; os biscoitos ou chocolates que reduziram seu peso de 500 g para 450, 480 g), sem alterar a informação constante na embalagem. E quando o faziam, não o era com o destaque devido em atenção ao direito à informação do consumidor, hipótese em que gerava o vício de informação.

O *vício de informação* caracteriza-se como sendo o originário do direito de informação do consumidor que termina atingindo a finalidade legitimamente esperada por um determinado produto ou serviço. Assim o é, por exemplo, no caso de um aparelho elétrico cuja voltagem, não informada adequadamente na embalagem ou por qualquer outro meio, é diferente daquele do lugar onde o consumidor pretenda fazer uso do equipamento, a incompatibilidade entre o motor de um determinado veículo importado comercializado no Brasil, e o combustível disponível em postos de abastecimento no país²⁴⁵, assim como de produtos ou serviços que façam

244. Neste sentido: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 997.

245. “Direito civil. Direito do consumidor. Ação de indenização. Veículo novo. Vício do produto. Incompatibilidade entre o diesel comercializado no Brasil e as especificações técnicas do projeto. Panes

constar em seus rótulos, apresentações ou ofertas, que possuem qualidades ou propriedades que de fato não detêm,²⁴⁶ assim como determinadas restrições de uso, informações complementares para se atingir a finalidade pretendida, dentre outras informações relevantes. Em todos estes casos, existe violação ao dever de informar do fornecedor e, portanto, vício do produto qualificado como vício de informação, porquanto a causa de não atendimento da expectativa legítima do consumidor é divergência entre a informação oferecida e qualidade efetivamente apresentada pelo produto ou serviço em questão.

3.3.2 Requisitos

Como já mencionamos, o CDC, na qualidade de norma protetiva do consumidor, determinou a este múltiplas alternativas de direitos que poderá exercer na hipótese de apresentar-se vício do produto ou do serviço, ampliando-se tais alternativas, inclusive, em relação ao regime comum do Código Civil. Da mesma forma, a jurisprudência inovadora, a partir do CDC, vem reconhecendo a possibilidade de reconhecimento dos vícios do produto, inclusive estendendo a responsabilidade por vícios de produtos adquiridos no exterior, de um fornecedor distinto, mas que se vincula ao consumidor atual em razão da marca e da publicidade, como ocorreu com relação ao conhecido caso da filmadora adquirida no exterior (caso “Panasonic”), mas cuja garantia por vícios foi exigida validamente, no Brasil, da empresa brasileira que explorava a mesma marca.²⁴⁷ Ou ainda, a solidariedade do franqueador pelos produtos comercializados pelo

reiteradas. Danos ao motor. Prazo de trinta dias para conserto. Restituição do valor pago. Dano moral. Cabimento. 1.- Configura vício do produto incidente em veículo automotor a incompatibilidade, não informada ao consumidor, entre o tipo de combustível necessário ao adequado funcionamento de veículo comercializado no mercado nacional e aquele disponibilizado nos postos de gasolina brasileiros. No caso, o automóvel comercializado, importado da Alemanha, não estava preparado para funcionar adequadamente com o tipo de diesel ofertado no Brasil. 2.- Não é possível afirmar que o vício do produto tenha sido sanado no prazo de 30 dias, estabelecido pelo artigo 18, §-1.º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, se o automóvel, após retornar da oficina, reincidiu no mesmo problema, por diversas vezes. A necessidade de novos e sucessivos reparos é indicativo suficiente de que o veículo, embora substituídas as peças danificadas pela utilização do combustível impróprio, não foi posto em condições para o uso que dele razoavelmente se esperava. 3.- A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de ser cabível indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes, para reparos. 4.- Recurso Especial provido.” (STJ, REsp 1443268/DF, Rel. Min. Sidnei Beneti, 3.ª Turma, j. 03.06.2014, Dje 08.09.2014).

246. “Processual civil e direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Venda de veículo. Ano de fabricação equivocado. Condenação por danos morais. Valor. Matéria não debatida no acórdão recorrido. Responsabilidade solidária. Fabricante e fornecedor. – A comercialização de veículo fabricado em 1999 como sendo do ano de 2000, caracteriza vício por inadequação, cuja falha na informação redundou na diminuição do valor do automóvel, o que atrai a responsabilidade solidária entre o fornecedor e o fabricante, expressa em lei (artigo 18, caput, do CDC). – Contudo, mantém-se o acórdão recorrido, porquanto o pedido formulado no especial restringe-se ao reconhecimento da responsabilidade do recorrente em caráter subsidiário. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 713.284/RJ, j. 03.03.2005, rel. Min. Nancy Andrichi, DJU 17.10.2005, p. 293).
247. “Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (“Panasonic”). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do

franqueado²⁴⁸, a que surge do uso consciente da marca como signo de qualidade e garantia²⁴⁹, ou entre quem explore a bandeira/marca do cartão de crédito, a administradora e o banco, pelos

acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria. I – Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II – O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III – Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV – Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V – Rejeita-se a nulidade arguida quando sem lastro na lei ou nos autos” (STJ, REsp 63.981/SP, 4.ª T., j. 11.04.2000, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 20.11.2000, p. 296).

248. “Direito do Consumidor. Recurso especial. Franquia. Responsabilidade civil perante terceiros. Aplicação do CDC. Incidência. 1. Os contratos de franquia caracterizam-se por um vínculo associativo em que empresas distintas acordam quanto à exploração de bens intelectuais do franqueador e têm pertinência estritamente inter partes. 2. Aos olhos do consumidor, trata-se de mera intermediação ou revenda de bens ou serviços do franqueador – fornecedor no mercado de consumo, ainda que de bens imateriais. 3. Extrai-se dos arts. 14 e 18 do CDC a responsabilização solidária de todos que participem da introdução do produto ou serviço no mercado, inclusive daqueles que organizem a cadeia de fornecimento, pelos eventuais defeitos ou vícios apresentados. Precedentes. 4. Cabe às franqueadoras a organização da cadeia de franqueados do serviço, atraindo para si a responsabilidade solidária pelos danos decorrentes da inadequação dos serviços prestados em razão da franquia. 5. Recurso especial não provido”. (STJ, REsp 1426578/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3.ª Turma, j. 23.06.2015, DJe 22.09.2015).
249. Assim o caso em que conhecida montadora de automóveis “garantiu” a qualidade de automóveis seminovos, respondendo pelos vícios que vieram a apresentar: “Direito do consumidor. Recurso especial. Vício do produto. Automóveis seminovos. Publicidade que garantia a qualidade do produto. Responsabilidade objetiva. Uso da marca. Legítima expectativa do consumidor. Matéria fático-probatória. Sum. 7/STJ. 1. O Código do Consumidor é norteado principalmente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e pela necessidade de que o Estado atue no mercado para minimizar essa hipossuficiência, garantindo, assim, a igualdade material entre as partes. Sendo assim, no tocante à oferta, estabelece serem direitos básicos do consumidor o de ter a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços (CDC, art. 6.º, III) e o de receber proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva (CDC, art. 6.º, IV). 2. É bem verdade que, paralelamente ao dever de informação, se tem a faculdade do fornecedor de anunciar seu produto ou serviço, sendo certo que, se o fizer, a publicidade deve refletir fielmente a realidade anunciada, em observância à principiologia do CDC. Realmente, o princípio da vinculação da oferta reflete a imposição da transparência e da boa-fé nos métodos comerciais, na publicidade e nos contratos, de forma que esta exsurge como princípio máximo orientador, nos termos do art. 30. 3. Na hipótese, inequívoco o caráter vinculativo da oferta, integrando o contrato, de modo que o fornecedor de produtos ou serviços se responsabiliza também pelas expectativas que a publicidade venha a despertar no consumidor, mormente quando veicula informação de produto ou serviço com a chancela de determinada marca, sendo a materialização do princípio da boa-fé objetiva, exigindo do anunciante os

vícios de execução dos serviços²⁵⁰, ou diferentes fornecedores que exploram idêntica atividade de prestação de serviços médicos sob a mesma marca.²⁵¹

No que tange ao regime dos vícios do serviço, o CDC não estabelece qualquer procedimento ou requisito especial para exercício do direito de opção do consumidor à reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível (artigo 20, I); à restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos (artigo 20, II) ou ao abatimento proporcional do preço (artigo 20, III). Neste sentido, o exercício pelo consumidor do direito de escolha dentre as opções previstas em lei pode se dar imediatamente, tão logo constatado o vício. O CDC, deste modo, abrangeu explicitamente como causa de responsabilidade não apenas o vício oculto (desconhecido do consumidor no momento da tradição da coisa, conforme concebido na legislação civil), senão também o vício aparente²⁵² ou de fácil constatação (artigo 26), todos os quais ensejam a imputação de responsabilidade ao fornecedor.

Entretanto, no que diz respeito ao vício do produto, o artigo 18 do CDC vem a estabelecer em seu § 1.º, como momento antecedente ao exercício do direito de escolha do consumidor em relação às alternativas previstas na lei, um prazo de 30 (trinta) dias para que o fornecedor possa sanar o vício, o qual poderá ser reduzido ou ampliado, mediante ajuste das partes, observando-se o limite mínimo de 7 (sete) e o limite máximo de 180 (cento e oitenta) dias. Sobre o prazo em questão, refere-se Leonardo Bessa tratar-se de disposição esdrúhula e incongruente com a concepção protetiva do CDC, razão pela qual deve se empregar uma interpretação restritiva à referida norma.²⁵³ Em qualquer caso, deve-se destacar que é prazo que se toma globalmente e

deveres anexos de lealdade, confiança, cooperação, proteção e informação, sob pena de responsabilidade. 4. A responsabilidade civil da fabricante decorre, no caso concreto, de pelo menos duas circunstâncias: a) da premissa fática incontornável adotada pelo acórdão de que os mencionados produtos e serviços ofertados eram avaliados pela montadora através da mensagem publicitária veiculada; b) e também, de um modo geral, da percepção de benefícios econômicos com as práticas comerciais da concessionária, sobretudo ao permitir a utilização consentida de sua marca na oferta de veículos usados e revisados com a excelência da GM. 5. Recurso especial não provido". (STJ, REsp 1365609/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 28.04.2015, *DJe* 25.05.2015).

250. "Processual civil e consumidor. Agravo regimental no agravo em recurso especial. Ação declaratória de inexistência de débito c/c compensação por danos morais. Vício na prestação de serviço. 'Bandeira' do cartão de crédito. Responsabilidade solidária. Legitimidade passiva. Agravo regimental desprovido. 1. A agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ilidir os fundamentos da decisão agravada. 2. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, o art. 14 do CDC estabelece regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, razão pela qual as "bandeiras"/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos e as administradoras de cartão de crédito pelos danos decorrentes da má prestação de serviços. 3. Agravo regimental desprovido". (STJ, AgRg no AREsp 596.237/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze 3.ª Turma, j. 03.02.2015, *DJe* 12.02./2015).
251. Veja-se nosso comentário ao caso exemplificativo do TJPR acerca da cooperativa médica Unimed: MIRAGEM, Bruno. Proteção da confiança do consumidor e responsabilidade das cooperativas médicas que operam com a mesma marca. Comentários à decisão da ApCiv 893.413-2 do TJPR. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 83, p. 329 e ss. São Paulo: RT, julho-setembro/2012. No mesmo sentido: STJ, REsp 1377899/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 18.12.2014, *DJe* 11.02.2015.
252. DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*..., 8. ed., p. 206.
253. BESSA, Leonardo Roscoe. Vícios do produto: paralelo entre o CDC e o Código Civil. In: PASQUA-LOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: RT, 2005. p. 290.

de uma só vez. Ou seja, não se considera interrompido o prazo quando tenha o fornecedor providenciado o saneamento do vício que, em seguida, vem a manifestar-se novamente, sendo reiterado sucessivas vezes, fruto da atuação malsucedida no oferecimento de plena qualidade do produto.²⁵⁴

Neste sentido, é necessário destacar que o § 3.º do artigo 18 expressamente consigna direito ao consumidor de optar diretamente pelas alternativas previstas em seu favor.

Assim, dispõe o artigo 18, § 3.º: “O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1.º 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”. Ou seja, há regra expressa que faculta ao consumidor o exercício de seu direito de escolha das opções referidas no § 1.º da norma, dispensando o prazo para o fornecedor consertar o vício, quando este for tal que eventual conserto não eliminará por completo o comprometimento dos fins legitimamente esperados pelo consumidor. Note-se que o juízo sobre o comprometimento ou não das qualidades essenciais do produto viciado é do consumidor. Ou seja, a ele vai competir decidir se a substituição das partes viciadas ou o conserto do produto são aptos a atender adequadamente suas expectativas com relação aos fins pretendidos com a utilização ou o valor do produto em questão.²⁵⁵

254. “Recurso especial – Demanda visando a restituição de quantia paga pelo consumidor na aquisição de veículo novo – Apresentação de vícios de qualidade – Sucessivos retornos à rede de concessionárias para reparo da mesma imperfeição – Transcurso do prazo de 30 (trinta) dias (art. 18, § 1.º, do CDC) – Acolhimento do pedido pela sentença *a quo* – Reforma do *decisum* em segundo grau, por reputar renovado o lapso ante a reiteração de falhas no funcionamento do bem, insurgência do consumidor. 1. Caso em que o consumidor adquiriu veículo ‘zero quilômetro’, o qual apresentou sucessivos vícios, ensejando a privação do uso do bem, ante os reiterados comparecimentos à rede de concessionárias. Eferivação da solução a destempo, consideradas as idênticas imperfeições manifestadas no que tange ao ‘desempenho’ do veículo, segundo as balizas fáticas firmadas pelas instâncias ordinárias. Hipótese de cabimento da devolução da quantia paga. 2. Em havendo sucessiva manifestação de idênticos vícios em automotor novo, o aludido lapso conferido para o fornecedor os equacionar é computado de forma global, isto é, não se renova cada vez que o veículo é entregue à fabricante ou comerciante em razão do mesmo problema. 3. A solução para o imperfeito funcionamento do produto deve ser implementada dentro do prazo de trinta dias, norma que, uma vez inobservada, faz nascer para o consumidor o direito potestativo de optar, segundo sua conveniência, entre a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço (art. 18, § 1.º, I, II e III, do CDC). 4. Não é legítimo esperar que um produto novo apresente defeitos imediatamente após a sua aquisição e que o consumidor tenha que, indefinidamente, suportar os ônus da ineficácia dos meios empregados para a correção dos problemas apresentados. 5. O prazo de 30 dias constante do art. 18, § 1.º, do CDC, consoante o princípio da proteção integral (art. 6.º, VI), deve ser contabilizado de forma a impedir o prolongamento do injusto transtorno causado ao consumidor, na medida em que é terminantemente vedada a transferência, pelo fornecedor de produtos e serviços, dos riscos da sua atividade econômica. 6. Recurso especial provido”. (STJ, REsp 1.297.690/PR, 4.ª T., j. 04.06.2013, rel. Min. Marco Buzzi, Dje 06.08.2013).

255. “Civil. Aquisição de veículo zero-quilômetro. Defeito. A quantidade e a frequência dos defeitos manifestados logo após a compra do veículo zero-quilômetro autorizam o pedido da substituição (CDC, artigo 18, § 3.º); nada justifica a presunção de que, consertado o último defeito, outro não se revele logo a seguir, como já aconteceu nas ocasiões anteriores. Recurso especial conhecido e provido em parte, tão só para afastar da condenação a indenização por danos morais, com consequente reflexo na verba honorária” (STJ, REsp 445.804/RJ, j. 05.12.2002, rel. Min. Ari Pargendler; DJU 19.05.2003, p. 226). No mesmo sentido: AgRg no Ag 350590/RJ, j. 19.03.2001, rel. Min. Menezes Direito, DJU 07.05.2001, p. 141. Indicando a possibilidade de dispensar-se notificação formal a ré, em razão do

Esta prevalência da decisão do consumidor, preconizada no § 3.º do CDC, da mesma forma, parece-nos evidente quando diga respeito ao prazo convenionado na forma do § 2.º do artigo 18, dentro dos limites legais de no mínimo 7 (sete) e no máximo 180 (cento e oitenta) dias. Ora, parece claro que, se o consumidor está autorizado por lei (artigo 18, § 3.º) a superar o prazo de trinta dias estabelecidos na mesma norma (artigo 18, § 1.º), com mais razão poderá fazê-lo com relação a prazo ajustado contratualmente. Até porque, conforme refere Claudia Lima Marques, o prazo em questão é espécie de prazo “semidispositivo”, rara hipótese no CDC, em que um direito subjetivo do consumidor poder ser reduzido por intermédio de contrato.²⁵⁶ Parece correto, então, também neste aspecto admitir uma interpretação restritiva a esta exceção ao regime legal do CDC de indisponibilidade de direitos pelo consumidor, até para assegurar eficácia ao § 3.º do artigo 18 do Código. Este, além das circunstâncias em que possa haver comprometimento da utilidade ou valor do produto, mesmo após o saneamento do vício, também autoriza o consumidor a postular diretamente as alternativas a seu favor quando o produto em questão tratar-se de produto essencial. Embora não exista definição legal sobre o que se considere produto essencial,²⁵⁷ esta essencialidade deverá ser reconhecida em acordo com as circuns-

seu conhecimento do defeito: “Ação de indenização. Aquisição de veículo com defeito de fábrica. Reparação do vício. Artigo 18, § 1.º, do Código de Defesa do Consumidor. Notificação formal dos responsáveis. Desnecessidade. I – Constatado o vício de qualidade ou quantidade no produto, que o torne impróprio ou inadequado para o consumo, o § 1.º do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor concede ao fornecedor a oportunidade de saná-lo, no prazo de 30 dias, sendo facultado ao consumidor, em caso de não reparação do defeito, optar por uma dentre três alternativas: a substituição do produto por outro da mesma espécie em perfeitas condições de uso, a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou o abatimento proporcional do preço. II – O objetivo do dispositivo legal em comento é dar conhecimento ao fornecedor do vício detectado no produto, oportunizando-lhe a iniciativa de saná-lo, fato que prescinde da notificação formal do responsável, quando este, por outros meios, venha a ter ciência da existência do defeito. III – É o que se verifica na hipótese dos autos, em que, a despeito de não ter sido dirigida nenhuma notificação formal às rés, por força dos documentos comprobatórios das revisões realizadas no veículo, tiveram elas conhecimento dos problemas detectados, sem que os tivessem solucionado de modo definitivo. Recurso especial a que se nega conhecimento” (STJ, REsp 435.852/MG, j. 23.08.2007, rel. Min. Castro Filho, DJU 10.09.2007, p. 224).

256. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 990.

257. Com relação à definição de produto essencial, não há qualquer possibilidade de se utilizar, a exemplo do que se faz em matéria de serviços essenciais – notadamente serviços públicos – da analogia com as disposições extravagantes, como por exemplo, a Lei de Greve. Também não há – pensamos – como estabelecer um critério uniforme e invariável de essencialidade para todos os consumidores, sob pena de sensíveis injustiças. Daí porque sustentamos que o caráter essencial de um produto verifique-se, em acordo com as regras de experiência do juiz, atendendo as circunstâncias do caso, à natureza do negócio celebrado e às condições subjetivas do consumidor *in concreto*. De outro modo, contudo, considere-se que a qualidade de produto essencial pode se impor quando se tenha no produto o meio para acesso a serviço essencial (essencialidade se transmite do produto ao serviço), como é o caso do aparelho de telefone celular, meio necessário para acesso ao serviço de telefonia. Neste sentido, decidiu o TJRS: “Consumidor. Vício do produto. Uso imediato da alternativa de substituição do produto. Incidência do artigo 18, § 1.º e § 3.º do CDC. Alternativa do consumidor não respeitada pela ré (substituição do produto). Produto essencial ao autor. Envio do produto à assistência técnica, por diversas vezes. Ausência de solução do defeito apresentado. Dano moral. Sentença mantida pelos próprios fundamentos. 1 – Ação onde postula a parte a reparação por danos morais. Consumidor que adquire telefone celular com defeito, não se prontificando a ré a realizar a troca do aparelho. Incidência do artigo 18, § 1.º e do § 3.º, do CDC, o qual autoriza o

tâncias do caso e, sobretudo, colocando-se em relevo as expectativas legítimas do consumidor na aquisição do produto em questão.

Ainda de se referir que, sendo a opção do consumidor pela substituição do bem, e esta não sendo possível (como por exemplo, o produto que tenha interrompido produção), poderá haver substituição do mesmo por outro de espécie, marca ou modelo diversos (sempre em acordo com a vontade do consumidor), com a respectiva complementação ou restituição da diferença de preço (conforme seja o preço, maior ou menor do produto em questão). Assim dispõe o artigo 18, § 4.º ao estabelecer: “Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1.º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1.º deste artigo”.

3.3.3 Solidariedade da cadeia de fornecimento

Todos os fornecedores que integram a cadeia de fornecimento são responsáveis solidariamente, perante o consumidor, pelos vícios dos produtos e serviços que introduziram ou participaram de sua introdução no mercado de consumo.²⁵⁸ Esta solidariedade dos fornecedores tem em vista a efetividade da proteção do interesse do consumidor, permitindo o alcance mais amplo possível ao exercício das opções estabelecidas em lei, pelo consumidor. A extensão da responsabilidade, neste sentido, supera a relação determinada pelo vínculo contratual entre o consumidor e o fornecedor direto. A responsabilidade legal, prevista expressamente pelo CDC,

consumidor, imediatamente, vez que produto essencial, a exigir, a sua própria escolha, a substituição do produto, a restituição da quantia paga, ou o abatimento proporcional do preço. 2 – Descumprimento de dever contratual de parte da ré. 3 – *Quantum* indenizatório. Critérios de fixação no caso concreto. Valor mantido, vez que se apresenta consentâneo com a realidade do caso concreto e com os parâmetros adotados por esta Câmara. 4 – Honorários advocatícios majorados para 15% sobre o valor da condenação, para que bem remunerem o profissional do direito. Apelo improvido. Recurso adesivo parcialmente provido” (TJRS, ApCiv n. 70025048943, 10.º Câm. Civ., j. 30.10.2008, rel. Paulo Antônio Kretzmann).

258. “Código de Defesa do Consumidor. Legitimidade passiva. Ação ajuizada com apoio no artigo 18, § 6.º, I e III, do Código. Responsabilidade solidária. 1. Tratando-se de ação em que se aponta a responsabilidade pela venda de produto com prazo de validade vencido e, ainda, com elemento estranho ao seu conteúdo, existe a cobertura do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor. Por outro lado, o artigo 25, § 1.º, do mesmo Código estabelece a responsabilidade solidária de todos os que contribuíram para a causação do dano. Não há espaço, portanto, para a alegada violação ao artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor na decisão que afastou a ilegitimidade passiva da empresa ré. 2. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 414.986/SC, j. 29.11.2002, rel. Min. Menezes Direito, DJU 24.02.2003 p. 226). Não é este o caso, todavia, da emissora de televisão que apenas veicula anúncio do produto, hipótese em que não responde por vícios, pois não se considera integrante da cadeia de fornecimento. Neste sentido, veja-se: “(...) A responsabilidade pela qualidade do produto ou serviço anunciado ao consumidor é do fornecedor respectivo, assim conceituado nos termos do artigo 3.º da Lei 8.078/90, não se estendendo à empresa de comunicação que veicula a propaganda por meio de apresentador durante programa de televisão, denominada “publicidade de palco”. II. Destarte, é de se excluir da lide, por ilegitimidade passiva ad causam, a emissora de televisão, por não se lhe poder atribuir corresponsabilidade por apresentar publicidade de empresa financeira, também ré na ação, que teria deixado de fornecer o empréstimo ao telespectador nas condições prometidas no anúncio. (...)” (STJ, REsp 1157228/RS, 4.º T., j. 03.02.2011, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJe 27.04.2011).

abrange como regra, todos os fornecedores que integram a cadeia de fornecimento do produto ou serviço viciado,²⁵⁹ com presunção absoluta de culpa de todos os fornecedores.²⁶⁰ Assim apenas a prova de causa estranha à atividade de produção²⁶¹ pode exonerar – em razão da quebra do nexo de causalidade – a responsabilidade da cadeia de fornecedores. Assim se entende inclusive quando, dizendo respeito o vício a serviço conexo a outro contrato (como, por exemplo, o caso do segurador no seguro de automóvel, que responde pelos vícios causador pela oficina mecânica por ele credenciada e indicada ao segurado-consumidor),²⁶² a conexão induz a solidariedade da cadeia de fornecimento.

259. “Recurso especial. Ação indenizatória. Compra de automóvel. Concessionária. Entrega. Não ocorrência. Responsabilidade solidária do fabricante. Artigo 18 da Lei 8.078/90. 1. Em princípio, considerando o sistema de comercialização de automóvel, através de concessionárias autorizadas, são solidariamente responsáveis o fabricante e o comerciante que aliena o veículo. 2. Tratando-se de responsabilidade solidária, a demanda pode ser direcionada contra qualquer dos coobrigados. A existência de solidariedade, no entanto, não impede que seja apurado, no caso concreto, o nexo de causalidade entre as condutas dos supostos responsáveis para concluir-se pela responsabilidade de apenas um deles. 3. Recurso Especial provido para restabelecer a sentença de 1.º Grau, que julgou procedente a ação (...)” (STJ, REsp 1.155.730/SP, 3.ª T., j. 16.08.2011, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 09.09.2011). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 863.919/MT, 3.ª T., j. 04.12.2012, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 11.12.2012).
260. Conforme refere Cláudia Lima Marques, “O sistema do CDC seria assim, um sistema de compromisso, de responsabilidade objetiva para o fato do produto e de presunção absoluta de culpa na responsabilidade contratual e extracontratual por vícios de inadequação. Os resultados são praticamente os mesmos, tratando-se de uma presunção que não pode ser afastada ou de uma responsabilidade objetiva. Os resultados estão nas próprias normas do CDC, com clara tendência a concentrar, a objetivar a responsabilidade no resultado (falta de adequação e não na ação (eventual culpa na fabricação do produto, no empacotamento), pelo domínio da técnica de produzir em uma sociedade de consumo de massas como a nossa”. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 994-995.
261. *Idem*, p. 995.
262. Neste sentido o precedente do STJ, embora tenha sido caso se utilizado da responsabilidade pelo fato do serviço, e não de vício do serviço como ora propomos, mas que não compromete o reconhecimento da hipótese, considerando a regra da solidariedade presente em ambos os regimes: “Recurso especial. Civil e consumidor. Contrato de seguro de responsabilidade civil. Sinistro em automóvel. Cobertura. Conserto realizado por oficina credenciada ou indicada pela seguradora. Defeito no serviço prestado pela oficina. Responsabilidade solidária da seguradora e da oficina credenciada. Reconhecimento. Danos materiais acolhidos. Danos morais rejeitados. Recurso parcialmente provido. 1. A seguradora de seguro de responsabilidade civil, na condição de fornecedora, responde solidariamente perante o consumidor pelos danos materiais decorrentes de defeitos na prestação dos serviços por parte da oficina que credenciou ou indicou, pois, ao fazer tal indicação ao segurado, estende sua responsabilidade também aos consertos realizados pela credenciada, nos termos dos artigos 7.º, parágrafo único, 14, 25, § 1.º, e 34 do Código de Defesa do Consumidor. 2. São plenamente aplicáveis as normas de proteção e defesa do consumidor, na medida em que se trata de relação de consumo, em decorrência tanto de disposição legal (CDC, artigo 3.º, § 2.º) como da natureza da relação estabelecida, de nítida assimetria contratual, entre o segurado, na condição de destinatário final do serviço securitário, e a seguradora, na qualidade de fornecedora desse serviço. 3. O ato de credenciamento ou de indicação de oficinas como aptas a proporcionar ao segurado um serviço adequado no conserto do objeto segurado sinistrado não é uma simples gentileza ou comodidade proporcionada pela seguradora ao segurado. Esse credenciamento ou indicação se faz após um prévio acerto entre a seguradora e a oficina, em que certamente ajustam essas sociedades empresárias vantagens recíprocas, tais como captação de mais clientela pela oficina e concessão por esta de descontos nos preços dos serviços de reparos cobrados das seguradoras. Passa, então, a

Outro, entretanto, o procedimento com relação aos denominados produtos *in natura*, ou seja, os produtos comercializados em seu estado natural, os quais podem ser oferecidos em granel (em caso de grãos) ainda que possam igualmente constar de embalagem, ou por outro modo que denote a não utilização de qualquer processo de industrialização ou transformação do produto. Considera-se produto *in natura* o “alimento de origem vegetal ou animal, que prescinde para seu consumo imediato, apenas, a remoção da parte não comestível e os tratamentos indicados para a sua perfeita higienização e conservação”.

Em relação aos produtos *in natura*, o CDC estabelece em seu artigo 18, § 5.º, que a responsabilidade perante o consumidor será do fornecedor imediato do produto. Assim também, no que se refere à responsabilidade por vício de quantidade, o artigo 19, § 2.º estabelece que “o fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais”.

A regra, todavia, em relação aos vícios do produto e do serviço é a solidariedade entre todos os membros da cadeia de fornecimento de produtos ou serviços, de acordo com o disposto no artigo 7.º, parágrafo único, do CDC,²⁶³ cabendo ao consumidor a escolha com relação a qual o fornecedor pretende dirigir sua pretensão indenizatória. Trata-se de uma solidariedade imperfeita, porquanto ainda que todos os fornecedores que integram a cadeia de fornecimento respondam solidariamente, o fazem em vista de um dever específico que lhes é atribuído individualmente. Assim, ao fabricante incumbe o dever de produzir produtos adequados, assim como ao distribuidor o dever de distribuir apenas produtos adequados e assim por diante.²⁶⁴

Do mesmo modo, o simples exame das alternativas estabelecidas em favor do credor, permite identificar que das hipóteses previstas na lei, algumas são mais facilmente satisfeitas quando dirigidas contra o fornecedor direto (o comerciante ou varejista). Senão, vejamos: das alternativas do artigo 18, § 1.º, do CDC (substituição do produto, restituição da quantia paga, monetariamente atualizada e o abatimento no preço) pelo menos duas, as previstas nos incisos II e III, que determinam o desfazimento do contrato com a restituição da quantia paga, sem prejuízo de perdas e danos, e a de abatimento do preço serão exigíveis de quem tenha realizado o contrato com o consumidor, que no caso é o fornecedor direto, ainda que se reconheça, à evidência, a possibilidade da ação de regresso do comerciante/varejista, contra quem tenha dado causa ao vício. Da mesma forma, dentre as alternativas relacionadas pelo artigo 19 (vício de quantidade), as alternativas mencionadas, assim como eventual complementação do peso e medida que é acrescida dentre as alternativas em favor do consumidor (artigo 19, II), dirigem-se especialmente ao fornecedor direto, assim como as mesmas alternativas de restituição dos valores pagos, ou abatimento do preço, previstos no tocante ao vício do serviço, determinado pelo artigo 20, II e III do CDC.

Entretanto, ainda que se perceba, nestas alternativas mencionadas, certa facilitação do exercício do direito do consumidor contra o fornecedor direto (em contraposição à responsabilidade pelo fato do produto, na qual a responsabilidade do comerciante é subsidiária – artigo 13 do CDC), este entendimento apenas se considera válido em benefício do consumidor, e não

existir entre a seguradora e a oficina credenciada ou indicada uma relação institucional, de trato duradouro, baseada em ajuste vantajoso para ambas (...)” (STJ, REsp 827.833/MG, 4.ª T., j. 24.04.2012, rel. Min. Raul Araújo, Dje 16.05.2012).

263. RIZZATTO NUNES. *Curso de direito do consumidor*, p. 229-230.

264. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, 2. ed., p. 338.

o contrário. A regra estabelecida no regime de vícios é da solidariedade de todos os fornecedores integrantes da cadeia de fornecimento. Neste sentido, não pode ser elidida, *a priori*, a responsabilidade de nenhum fornecedor. A possibilidade de acionar o fornecedor direto, neste sentido, é faculdade prevista para facilitar o exercício do direito à indenização e não o contrário, razão pela qual não se há de discutir a legitimidade passiva de qualquer integrante da cadeia de fornecimento. A não ser quando a lei expressamente estabelece, com exclusividade, a responsabilidade do fornecedor direto (hipótese dos artigos 18, § 5.º, e 19, § 2.º, do CDC).

3.3.4 Eficácia da responsabilidade por vício do produto

A identificação de vício de qualidade, quantidade ou informação, relativo ao produto objeto de uma relação de consumo difere do regime dos vícios redibitórios do direito comum, dentre outras hipóteses, em razão da existência das alternativas dispostas em lei, em favor do adquirente prejudicado. No direito civil comum, conforme já anotamos, cumpre ao adquirente a opção pela ação estimatória, visando ao abatimento do preço da coisa (pretensão *quantum minoris*), ou a ação redibitória, abrangendo a pretensão de desconstituição do contrato, com a devolução da quantia paga pelo adquirente e restituição das partes ao *status quo ante*. Já no que diz respeito ao direito do consumidor, ao lado das alternativas equivalentes ao direito comum, duas novas possibilidades são previstas para escolha do consumidor, quais sejam: a substituição do produto viciado por outro de mesma espécie, em perfeitas condições de uso, ou mesmo — quando esta substituição não for possível — a substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço. De igual modo, quando se tratar de vício de quantidade, o artigo 19, II, ao lado das alternativas comuns ao vício de qualidade (artigo 18, I), estabelece a possibilidade de optar o consumidor pela complementação do peso ou medida minorado. Examinemos as hipóteses previstas em lei, para livre opção do consumidor.

3.3.4.1 Substituição do produto

A primeira alternativa colocada à disposição do consumidor na hipótese de vício do produto é a “substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso”. Esta alternativa é admitida em vista do interesse ou da necessidade do consumidor em adquirir e utilizar o produto em perfeitas condições. Neste sentido, não vai interessar ao consumidor simplesmente desfazer o contrato ou requerer abatimento do preço, quando seu interesse estiver concentrado na utilização do produto em questão.

Neste sentido, a substituição do produto, conforme já mencionamos, poderá ser requerida após o não saneamento do vício pelo fornecedor, dentro do prazo de 30 (trinta) dias estabelecido pela lei (artigo 18, § 1.º), ou desde logo, quando “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”. (artigo 18, § 3.º). Da mesma forma, poderá ocorrer de não haver possibilidade de substituição do produto, por alguma razão estranha à vontade e além das possibilidades reais do fornecedor (por exemplo, que o produto a ser substituído não mais é fabricado pelo fornecedor). Nesta hipótese, admite-se a substituição do produto viciado por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço (artigo 18, § 4.º). Note-se, todavia, que a hipótese de substituição do produto viciado por outro de espécie diversa só é autorizada na hipótese de impossibilidade fática objetiva do fornecedor em realizá-la. O CDC

não autoriza, de qualquer modo, que o consumidor seja pressionado ou constringido a aceitar a substituição, sobretudo quando houver a necessidade de complementação do valor do preço do produto substituto. Não é demais repetir que as alternativas previstas no CDC são de livre escolha pelo consumidor, não pelo fornecedor. Por idênticas razões, não é lícito ao fornecedor negar ou retardar a substituição do produto, buscando estimular o consumidor a fazer uso das alternativas previstas no CDC. A única atuação do fornecedor antes do atendimento da pretensão do consumidor dentre as alternativas facultadas pela lei, é a possibilidade de sanar o vício no prazo de 30 (trinta) dias, sendo que mesmo esta se subordina à interpretação restritiva, em face da possibilidade de escolha imediata das opções da lei, na hipótese autorizada pelo artigo 18, § 3.º.

Assim também é no que se refere ao vício de quantidade do produto. Neste caso, o artigo 19, III, estabelece como opção do consumidor, “a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios”. Igualmente aqui, não pode o fornecedor retardar ou negar-se a fazer a substituição requerida. Entretanto, sobretudo em relação aos produtos industrializados, pode ocorrer que muitas vezes o vício de quantidade seja uma constante em toda uma partida de produtos da mesma espécie, em decorrência de atuação deliberada ou simplesmente de falha do processo de produção ou embalagem do produto (independente de culpa). Nesta situação, poderá ser admitida a caracterização da impossibilidade de substituição, sobretudo quando se verifique que o vício atinja todos os produtos de uma determinada espécie.

3.3.4.2 Restituição imediata da quantia paga

A restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, é alternativa colocada à disposição do consumidor (artigos 18, § 1.º, II, e 19, IV), que se equipara em seus efeitos à ação redibitória do direito comum. A restituição em destaque pressupõe a desconstituição do contrato, pelo exercício de direito formativo extintivo de resolução²⁶⁵ pelo consumidor. Neste sentido também se orienta a ação redibitória, cuja finalidade precípua é o desfazimento do negócio, retornando as partes ao estado anterior (*status quo ante*).²⁶⁶

Considerando-se a natureza do direito de desconstituir o negócio, de que o consumidor é titular, qual seja, espécie de direito formativo/potestativo, seu mero exercício pelo titular é bastante para produzir a eficácia jurídica extintiva dos efeitos da relação contratual. Ou seja, basta o exercício do direito de resolução do contrato pelo consumidor, para que se dê origem ao dever do fornecedor de restituir a quantia paga, monetariamente atualizada. Eventual resistência do fornecedor em cumprir seu dever de restituir dá causa ao consumidor para reclamar seu direito judicialmente, assim como as perdas e danos e todas as demais despesas decorrentes da violação do dever pelo fornecedor.

265. A natureza jurídica do direito de redibição observa alguma discussão doutrinária. Conforme aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a doutrina especializada distingue-se entre os que entendem como espécie de resolução do contrato (MESSINEO, *Doctrina general del contracto*, v. II. Buenos Aires: Ed. Europa-América, p. 362), e os que entendem como hipótese de rescisão do negócio (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1962, v. 25, p. 391). Conforme: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1991. p. 71.

266. SCARTEZZINI GUIMARÃES. *Vícios do produto e do serviço...*, p. 269.

3.3.4.3 Abatimento do preço

O abatimento do preço, obtido mediante reclamação direta ao fornecedor ou por intermédio de ação estimatória (pretensão *quantum minoris*) é também – como a redibição – pretensão reconhecida ao adquirente da coisa viciada no regime dos vícios redibitórios do direito comum. O objetivo imediato da ação estimatória é a proteção do sinalagma contratual,²⁶⁷ a ser deduzido da relação entre o preço da coisa e seu valor apurado mediante a existência de todas suas qualidades legitimamente esperadas. A ausência de qualquer das qualidades inerentes à coisa dá causa ao desequilíbrio das prestações (rompimento do sinalagma), hipótese por que não se confunde a pretensão *quantum minoris* com uma indenização, mas sim com a reconstituição do equilíbrio do negócio.

Em direito do consumidor, a alternativa de abatimento do preço é, tal como as demais estabelecidas por lei, de livre escolha do consumidor. Neste sentido, não importará a extensão do dano ou eventual diminuição da extensão do vício. Exercendo seu direito de opção pelo abatimento, poderão surgir para o consumidor duas situações: a) já tendo sido pago o preço ao fornecedor, o direito de restituição da quantia a maior, nos termos do abatimento; b) não tendo sido pago o preço, o direito de deduzir o valor abatido do valor do pagamento, realizando a entrega da quantia restante ao fornecedor.

A principal questão em relação a esta opção de abatimento do preço, quando escolhida pelo consumidor dentre as facultadas pela lei, dirá respeito aos critérios de mensuração do valor a ser abatido. A dificuldade na determinação do exato *quantum* que será abatido do preço tem lugar em face à dificuldade de precisão quantitativa da perda de utilidade ou de valor da coisa em razão do vício que a prejudica. Em outros termos, há sensíveis dificuldades práticas em se determinar qual o valor que representa a diminuição da utilidade do produto em razão de vício de qualidade, ou mesmo a frustração dos interesses legítimos do consumidor em face de vício de informação. Excluída a hipótese do vício de quantidade (que em geral poderá ser deduzido o valor do abatimento, proporcionalmente à quantidade faltante que dá causa ao vício), nas demais hipóteses de vícios, sua mensuração poderá ser influenciada por critérios subjetivos.

Em termos práticos, se o exercício do direito ao abatimento se dá de modo extrajudicial, mediante requerimento do consumidor ao fornecedor, de se admitir que entre eles se estabeleça a composição a respeito do valor a ser abatido do preço, o qual, entretanto, sempre estará sujeito a controle judicial, quando existente desequilíbrio manifesto entre a extensão do comprometimento causado pelo vício e o valor do abatimento. Se a pretensão do consumidor for exercida via judicial, de outro modo, caberá ao juiz deduzir o valor do abatimento, partindo dos critérios eventualmente propostos pelas partes, mas também em vista de outros critérios objetivos que eleger, em acordo com as suas regras de experiência e a finalidade precípua desta opção estabelecida na lei, que é a proteção do equilíbrio do contrato e a satisfação dos interesses legítimos do consumidor.

3.3.4.4 Vício de quantidade: complementação do peso ou medida

Quando se tratar de vício de quantidade, ao lado das três hipóteses reconhecidas aos vícios do produto em geral (substituição, abatimento ou restituição da quantia paga, pelo desfazimen-

267. *Idem*, p. 284.

to do contrato), uma quarta alternativa é admitida, qual seja, a complementação da medida ou peso pelo consumidor. Assim estabelece o artigo 19, II do CDC.

Esta alternativa pode ter lugar, sobretudo, quando a critério do consumidor, tenha este o interesse na obtenção da quantidade informada nas indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem, oferta ou publicidade. Esta opção poderá ser útil, por exemplo, quando as quantidades envolvidas não representem uma diferença expressiva em termos de valor, mas possa atender à utilidade pretendida pelo consumidor para aquele determinado produto (uma diferença de 200 gramas de algum alimento, por exemplo). Pode ocorrer, contudo, dependendo de qual seja o produto viciado, que a complementação específica do peso ou medida faltante não seja possível, em razão do seu processo de produção e industrialização prever apenas unidades com uma determinada quantidade por embalagem. (a complementação da falta de 100 g em uma embalagem não é possível em razão de serem produzidas apenas embalagens de 500 g). Neste caso, é de se reconhecer a impossibilidade objetiva do fornecedor de atendimento daquela opção do consumidor, hipótese em que este poderá realizar opção entre as demais alternativas facultadas pela lei.

3.3.4.5 Perdas e danos

O direito à indenização das perdas e danos é consequência própria do inadimplemento das obrigações em direito comum (artigo 389 do CC), assim como em todas as hipóteses de dano injusto (artigo 927 e ss. do CC). No regime da responsabilidade por vícios do CDC, o direito a indenização por perdas e danos está previsto nos artigos 18, II, que ressalva sua exigibilidade mesmo na hipótese de opção pelo consumidor, do exercício do direito de resolução do contrato e restituição do preço pago pelo produto ou serviço.

A interpretação isolada destas disposições legais poderia levar a errônea conclusão de que é devida indenização por perdas e danos apenas quando o consumidor opte pela alternativa constante nas normas em destaque, qual seja, a restituição da quantia paga, monetariamente atualizada. Entretanto, esta não parece ser o entendimento correto.

A indenização das perdas e danos será admitida sempre quando houver prejuízos ressarcíveis por parte do consumidor, sejam eles danos materiais ou morais.²⁶⁸ É, portanto, uma alternativa autônoma, decorrente do direito à reparação, a que faz jus todo aquele que sofre um dano. O regime da responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, ao tempo em que prevê alternativas múltiplas para satisfação dos interesses legítimos do consumidor prejudicado por um produto viciado, não afasta o direito básico do consumidor, previsto no artigo 6.º, VI, do CDC, à efetiva prevenção e reparação de danos. Logo, é imperioso afirmar que, quando houver danos ressarcíveis, materiais ou morais, existirá o direito do consumidor-vítima destes danos à indenização correspondente. Neste sentido, pouco importa que, em matéria de vício

268. “Responsabilidade civil. Alegação de dano por fato do produto e não de vício do produto. Ineficácia de herbicida. Prejuízo à safra. Prazo decadencial. 5 anos. Artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor. Recurso provido para afastar a decadência prosseguindo-se no exame do mérito no tribunal de origem. 1. Diante do fundamento da inicial de ocorrência do fato do produto, e não vício, no mau funcionamento de herbicida que, por não combater as ervas daninhas, enseja prejuízo à safra, e conseqüentemente, ao patrimônio do usuário, o prazo decadencial é de 5 (cinco) anos (CDC, artigo 27). 2. Recurso Especial provido para afastar preliminar de decadência, devendo o Tribunal de origem prosseguir no julgamento de mérito” (STJ, REsp 953.187/MT, 3.ª T., j. 23.06.2009, rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29.06.2009).

do produto, alguma das alternativas previstas como de livre escolha do consumidor tenha sido satisfeita pelo fornecedor.

Naturalmente que, ocorrendo danos decorrentes da existência de falhas no tocante à qualidade, quantidade ou informação relativa ao produto oferecido, é de se verificar sobre qual o dever violado, se simplesmente um dever de adequação, ou o dever de segurança e integridade, pessoal e patrimonial do consumidor. Isto porque, se da mesma falha imputável ao consumidor decorrer violação ao dever de adequação (vício do produto) e dever de segurança (fato do produto, em decorrência de um defeito), o direito à indenização do consumidor por danos causados à sua integridade pessoal e patrimonial vai ser regulada segundo o regime da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Neste sentido, observe-se o seguinte exemplo: se um produto eletroeletrônico, em razão de falha em seus circuitos elétricos, simplesmente não funciona, ter-se-á hipótese de vício por inadequação do produto, respondendo o fornecedor nos termos do artigo 18 do CDC. Se em razão desta mesma falha nos seus circuitos elétricos, um determinado consumidor vem a ser eletrocutado quando manuseia o produto, esta mesma falha deverá se caracterizar como defeito, alterando-se o regime para a responsabilidade pelo fato do produto, regulado pelo artigo 12 do CDC.²⁶⁹

Esta distinção, todavia, não elimina por si a possibilidade do consumidor, em razão de vício do produto, realizar despesas para sanar o mesmo, assim como observar determinados

269. "Consumidor. Responsabilidade pelo fato ou vício do produto. Distinção. Direito de reclamar. Prazos. Vício de adequação. Prazo decadencial. Defeito de segurança. Prazo prescricional. Garantia legal e prazo de reclamação. Distinção. Garantia contratual. Aplicação, por analogia, dos prazos de reclamação atinentes à garantia legal. No sistema do CDC, a responsabilidade pela qualidade biparte-se na exigência de adequação e segurança, segundo o que razoavelmente se pode esperar dos produtos e serviços. Nesse contexto, fixa, de um lado, a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, que compreende os defeitos de segurança; e de outro, a responsabilidade por vício do produto ou do serviço, que abrange os vícios por inadequação. Observada a classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros. O CDC apresenta duas regras distintas para regular o direito de reclamar, conforme se trate de vício de adequação ou defeito de segurança. Na primeira hipótese, os prazos para reclamação são decadenciais, nos termos do artigo 26 do CDC, sendo de 30 (trinta) dias para produto ou serviço não durável e de 90 (noventa) dias para produto ou serviço durável. A pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço vem regulada no artigo 27 do CDC, prescrevendo em 05 (cinco) anos. A garantia legal é obrigatória, dela não podendo se esquivar o fornecedor. Paralelamente a ela, porém, pode o fornecedor oferecer uma garantia contratual, alargando o prazo ou o alcance da garantia legal. A lei não fixa expressamente um prazo de garantia legal. O que há é prazo para reclamar contra o descumprimento dessa garantia, o qual, em se tratando de vício de adequação, está previsto no artigo 26 do CDC, sendo de 90 (noventa) ou 30 (trinta) dias, conforme seja produto ou serviço durável ou não. Diferentemente do que ocorre com a garantia legal contra vícios de adequação, cujos prazos de reclamação estão contidos no artigo 26 do CDC, a lei não estabelece prazo de reclamação para a garantia contratual. Nessas condições, uma interpretação teleológica e sistemática do CDC permite integrar analogicamente a regra relativa à garantia contratual, estendendo-lhe os prazos de reclamação atinentes à garantia legal, ou seja, a partir do término da garantia contratual, o consumidor terá 30 (bens não duráveis) ou 90 (bens duráveis) dias para reclamar por vícios de adequação surgidos no decorrer do período desta garantia. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 967.623/RJ, 3.^aT., j. 16.04.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 29.06.2009).

prejuízos decorrentes da falha apresentada pelo produto em questão. Nestas circunstâncias, ainda que o consumidor venha a fazer uso de uma das alternativas previstas no CDC, em vista do regime de responsabilidade por vício previsto na norma, isto não elimina a possibilidade de que venha a reclamar, conjuntamente ou após a satisfação do seu interesse imediato no negócio, a indenização dos prejuízos causados em razão do vício e consequente violação do dever de adequação do produto. A regra, em direito do consumidor, será sempre a do artigo 6.º, VI, do CDC, que assegura o direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos ao consumidor.

3.3.5 Eficácia da responsabilidade por vício do serviço

Ao lado do regime da responsabilidade por vícios dos produtos, o CDC estabeleceu igualmente, o regime da responsabilidade por vícios do serviço, em vista da responsabilidade dos fornecedores pelas falhas na prestação dos serviços que venham a comprometer a finalidade que razoavelmente dele se esperam. Neste sentido, é norma-chave para compreensão do regime dos vícios do serviço, o artigo 20, § 2.º, do CDC, ao estabelecer: "São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade". A norma em destaque determina precisão à fonte normativa da responsabilidade do fornecedor por vício do serviço, o artigo 20, *caput*, do CDC, que refere: "O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária".

Já tivemos a oportunidade de salientar a importância dos serviços como objetos da relação de consumo na sociedade de consumo contemporânea, assim como seu regime no CDC. Note-se que o CDC, ao regular os serviços e, sobretudo o regime de responsabilidade em decorrência de sua má-prestação, aproxima sob sua égide os regimes distintos das obrigações de fazer e de dar previstos no Código Civil. Esta aproximação realiza-se, sobretudo, em matéria de vícios, uma vez que tanto em matéria de vícios do produto, quanto de vícios do serviço, as opções do consumidor são semelhantes, como o saneamento do vício ou reexecução do serviço, a pretensão *quanti minoris*, e a rescisão com perdas e danos.²⁷⁰ Da mesma forma, a responsabilidade de todos os fornecedores membros da cadeia de fornecimento do serviço será solidária e objetiva, tanto na responsabilidade pelo vício do produto, quanto pelo vício do serviço.

Desta mesma aproximação, fica também reduzida a importância – ainda que tenha grande utilidade, sobretudo em matéria de carga probatória em determinadas situações – da distinção entre obrigação de meio ou de resultado. Isto porque, a imposição de deveres legais aos fornecedores, assim como aqueles originários da boa-fé objetiva, determina que o cumprimento destes deveres sejam todos vislumbrados como espécies de resultado, sendo que apenas a prestação principal será qualificada como de meio ou de resultado.²⁷¹ Todavia, é de ressaltar, naturalmente, que a importância da distinção entre obrigações de meio e de resultado se mantém no tocante à caracterização do adimplemento ou do vício. Note-se que o artigo 20, § 2.º, do CDC, estabelece que só há vício quando o serviço não atender às finalidades que razoavelmente dele se espera. Esta medida de razoabilidade verifica-se na distinção entre o que se vai considerar devido em uma obrigação de meio (diligência, prudência, informação) e de resultado (a utilidade ou resultado prático específico a ser atingido pela ação – fazer – do fornecedor). Além

270. MARQUES, Cláudia Lima. *Proposta de uma teoria geral dos serviços...*, p. 111.

271. *Idem*, *ibidem*.

disso, ao estabelecer eficácia jurídica própria aos vícios do serviço – em paralelo aos vícios do produto, o CDC estabelece categoria nova, estendendo aos serviços proteção equivalente a dos vícios redibitórios, que no direito civil comum só é admitido com relação às obrigações relativas a coisas (obrigações de dar), e não obrigações de fazer, cuja violação de dever resolve-se na determinação dos efeitos do inadimplemento. No regime do CDC, como vimos, também aos serviços estende-se a previsão sobre vícios de qualidade e informação, dando causa à responsabilidade do fornecedor em razão da falha na sua prestação.

Da mesma forma, quando se trate de serviços de reparação de produto, em relação aos quais o artigo 21 do CDC, estabelece estar “*implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor*”. Neste sentido, igualmente, em se tratando de danos decorrentes da prestação de serviços, “sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação” (artigo 25, § 2.º).

Examinemos, pois, as hipóteses previstas em lei, de livre escolha do consumidor, na hipótese de vício do serviço e correspondente responsabilidade do fornecedor.

3.3.5.1 Reexecução do serviço

A primeira hipótese de livre escolha pelo consumidor, prevista no artigo 20 do CDC, é a “*a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível*”. Sendo a opção do consumidor a reexecução do serviço poderá ser exigida por este do fornecedor, quando o fim razoavelmente esperado com aquela determinada prestação contratada não tiver sido atingido. Note-se, contudo, que a reexecução pretendida pelo consumidor – dada sua natureza de obrigação de fazer – pode não ser espontaneamente atendida pelo fornecedor, ou ainda que, para fazê-la, seja exigido pagamento adicional pelo fornecedor, em clara violação ao disposto no artigo 20, I, do CDC. Em tal circunstância, o § 1.º, do artigo 20 do CDC, estabelece que “*a reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor*”. Esta possibilidade de reexecução por terceiros, é prevista igualmente no Código Civil (artigo 249).

A opção do consumidor pela reexecução do serviço, assim como seu atendimento pelo fornecedor, não o exime das perdas e danos decorrentes do vício de execução, no que respeita tanto a danos materiais ou morais decorrentes da falha na prestação do serviço.

Da mesma forma, a opção do consumidor pela reexecução do serviço não limita o rol de legitimados passivos para a ação do consumidor. Pouco importa, neste sentido, quem devesse cumprir originariamente a obrigação em relação ao consumidor. A solidariedade de todos os fornecedores membros da cadeia de fornecimento dá causa a que qualquer um deles seja responsável pelo atendimento à obrigação de reexecução do serviço. Neste sentido, mesmo quando a obrigação se caracterize como *intuitu personae*, havendo possibilidade de sua realização por outro que não o fornecedor direto, poderá o consumidor optar, de acordo com seu interesse, pela reexecução por outro integrante da cadeia de fornecimento. Isto porque, a exemplo do que ocorre em matéria de vício do produto, o dever de qualidade a ser observado na prestação do serviço é imputado a todos os membros da cadeia de fornecimento.

A única exceção ao cumprimento do direito do consumidor à reexecução do serviço, quando exercido por este, é da possibilidade objetiva da sua realização (neste sentido a expres-

são “quando cabível” prevista na norma). Sendo possível, assiste ao consumidor o direito de optar, a seu critério, pela reexecução, devendo o fornecedor cumprir com o seu dever de reexecutar previsto por lei.

3.3.5.2 Restituição imediata da quantia paga

A segunda hipótese que assiste ao consumidor em face do vício do serviço, é a opção pela restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos. Trata-se de extensão para o regime dos vícios do serviço, dos efeitos da ação redibitória em matéria de vícios do produto (artigo 18), e mesmo da disciplina dos vícios redibitórios do Código Civil (artigo 443).

Assim como no regime do vício do produto, também aqui a restituição imediata da quantia paga, e correspondente atualização, pressupõem o exercício do direito formativo/potestativo extintivo de rescisão do contrato pelo consumidor. Entretanto, ao contrário da situação havida em matéria de vício do produto, em que a rescisão produz, em regra, o retorno ao estado anterior (*status quo ante*), em face da restituição do preço ao consumidor e a devolução do produto ao fornecedor, a natureza da prestação em matéria de serviços, impede logicamente a “devolução” do serviço, ou seja, o “desfazimento” da prestação.

Neste sentido, o exame desta hipótese colocada ao critério de escolha do consumidor merece ser vislumbrada com maior rigor, frente ao critério para identificação do vício estabelecido pelo artigo 20, § 2.º, do CDC (“São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”). Neste sentido, o vício de qualidade ou informação deve ser adequadamente caracterizado, visando identificar-se com a maior precisão possível, o não atingimento do fim pretendido pelo consumidor (assim parecem ser os exemplos do taxista que não completa a corrida por falta de combustível, o médico que realiza cirurgia estética reparadora que não repara/corriga deformidade, ou o serviço de *buffet* que prepara-se para servir número menor de pessoas que o ajustado inicialmente). Em qualquer caso, note-se, há possibilidade de reclamar-se a indenização pelos prejuízos causados em face do vício do serviço em questão.

3.3.5.3 Abatimento do preço

O abatimento do preço, assim como a hipótese de restituição de valores, caracteriza a extensão dos efeitos em matéria de vícios do produto (artigo 18) e dos vícios redibitórios do Código Civil (artigo 442), ao regime de vício dos serviços presente no CDC. Trata-se de opção a livre escolha do consumidor para, uma vez caracterizados os vícios redibitórios, exercer pretensão *quantum minoris*, por intermédio de ação estimatória, visando ao abatimento proporcional do valor contratado do serviço. Neste sentido, do ponto de vista prático, são duas as hipóteses para o consumidor, ao optar pelo exercício da pretensão de abatimento: a) já tendo sido pago o preço ao fornecedor, o direito de restituição da quantia a maior, nos termos do abatimento; b) não tendo sido pago o preço, o direito de deduzir o valor abatido do valor do pagamento, realizando a entrega da quantia restante ao fornecedor.

Assim como referimos quando examinou-se o cabimento desta pretensão na hipótese de vício do produto, a dificuldade principal no que se refere ao abatimento do preço é a determinação do *quantum* a ser abatido, sobretudo em face do cumprimento parcial da prestação pelo fornecedor. Neste sentido, a identificação da proporção a ser considerada, assim como do valor

a ser abatido, deverá observar critérios objetivos de mensuração, seja a pretensão exercida extrajudicialmente, seja por intermédio da ação estimatória, por via judicial. Em qualquer caso, a pretensão de abatimento do preço deve respeitar a proporção entre a parcela da prestação efetivamente cumprida, e o comprometimento causado pelo vício do serviço, sem prejuízo do direito à indenização por perdas e danos, quando apurados prejuízos ressarcíveis.

3.3.5.4 Perdas e danos

A indenização de perdas e danos é cabível sempre quando existam danos ressarcíveis, em acordo com o que dispõe o artigo 6.º, VI, do CDC, ao consagrar o direito à efetiva prevenção e reparação de danos materiais e morais.

Neste sentido, as razões que confirmam a possibilidade de indenização das perdas e danos não estão confinadas à hipótese do artigo 20, II, como uma interpretação restritiva erroneamente poderia concluir. A questão principal é identificar-se a natureza do dever violado, se de adequação (vício do serviço) ou de segurança (fato do serviço), em face da violação da integridade e segurança pessoal e patrimonial do consumidor. Neste sentido, é perfeitamente factível uma certa conjugação dos regimes sobre o fato e o vício do produto, em razão das circunstâncias que acompanhem um determinado descumprimento da prestação pelo fornecedor. Assim é que o mau cumprimento de um determinado contrato, em face de vício de qualidade do serviço, por exemplo, pode reconduzir o consumidor a uma série de danos não estritamente vinculados à não realização da prestação, mas que em razão desta, foi dada causa a danos à integridade moral e material do consumidor. Neste sentido são os casos abundantemente decididos pela jurisprudência brasileira com relação aos vícios de qualidade em contratos de transporte aéreo e de turismo,²⁷² ou de planos de saúde,²⁷³ cuja consequência pode

272. "Contrato de transporte. Incidente surgido em voo. Foro do domicílio do autor. Ação de indenização por danos morais. Código de Defesa do Consumidor. 1. O contrato de transporte, contaminado por vício de qualidade do serviço causador de insatisfação, atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor – CDC – com a faculdade de a ação de indenização por danos morais ser proposta no foro do domicílio do autor. 2. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 3. Recurso especial conhecido" (STJ, REsp 303379/MA, j. 28.09.2004, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 18.10.2004, p. 281). No mesmo sentido: "Processo civil. Agravo de instrumento. Transporte aéreo. Cancelamento de voo. Danos morais. Convenção de Varsóvia. Limites indenizatórios. Inaplicabilidade. Alteração do valor da indenização em sede de recurso especial. Ausência de fundamentos capazes de ilidir a decisão agravada. – A 2.ª Seção do STJ fixou o entendimento de que a prestação defeituosa do serviço de transporte aéreo, ocorrida após a vigência do CDC, não se subordina aos limites indenizatórios instituídos pela Convenção de Varsóvia. – A alteração dos valores arbitrados a título de reparação de danos extrapatrimoniais somente é possível, em sede de recurso especial, nos casos em que o valor fixado destoa daqueles arbitrados em outros julgados recentes desta Corte ou revela-se irrisório ou exagerado. – Ausentes argumentos capazes de ilidir a decisão agravada, esta se mantém por seus próprios fundamentos. Agravo não provido" (STJ, AgRg no AgRg no Ag 667472/RJ, j. 16.11.2006, rel. Min. Nancy Andrighi, DJU 04.12.2006, p. 298). Veja-se, igualmente, o entendimento de: SCARTEZZINI GUMARÃES, Paulo Jorge. Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 153-163.

273. "Plano de saúde. Abusividade de cláusula. Suspensão de atendimento. Atraso de única parcela. Dano moral. Caracterização. I – É abusiva a cláusula prevista em contrato de plano-de-saúde que suspende o atendimento em razão do atraso de pagamento de uma única parcela. Precedente da Terceira Turma. Na hipótese, a própria empresa seguradora contribuiu para a mora, pois, em razão de problemas internos, não enviou ao segurado o boleto para pagamento. II – É ilegal, também, a estipu-

conduzir à caracterização do fato do serviço, e ao direito à indenização de danos morais em face do descumprimento da prestação, ensejando, do mesmo modo, a responsabilidade solidária do fornecedor.

Um único aspecto a ser considerado, entretanto, diz respeito à responsabilidade dos profissionais liberais. Isto porque, em relação a esta categoria de fornecedores é que se estabelece a distinção mais visível entre os regimes de responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto ou do serviço. Conforme já examinamos, em matéria de responsabilidade pelo fato do serviço, os profissionais liberais apenas serão imputados responsáveis mediante verificação de culpa (artigo 14, § 4.º, do CDC). Em matéria de vício do serviço, entretanto, não há distinção entre o profissional liberal e outros fornecedores, todos respondendo solidariamente e objetivamente pela violação do dever de adequação. Neste sentido, a violação do dever de adequação ou de informação, que não gere danos pessoais ou patrimoniais afora os decorrentes da ausência da prestação, é regida pelo artigo 20 do CDC, logo, pelo regime do vício do serviço. Caso contrário, se do descumprimento contratual decorrem danos à pessoa do consumidor, a hipótese parece ser de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço,²⁷⁴ regulando-se pelo artigo

lação que prevê a submissão do segurado a novo período de carência, de duração equivalente ao prazo pelo qual perdurou a mora, após o adimplemento do débito em atraso. III – Recusado atendimento pela seguradora de saúde em decorrência de cláusulas abusivas, quando o segurado encontra-se em situação de urgência e extrema necessidade de cuidados médicos, é nítida a caracterização do dano moral. Recurso provido” (STJ, REsp 259.263/SP, j. 02.08.2005, rel. Min. Castro Filho; DJF 20.02.2006, p. 330). No mesmo sentido: SCHMITT, Cristiano Heineck. *Indenização por dano moral do consumidor idoso...*, p. 137-149.

274. “Plano de saúde. Recusa injustificada de proceder internação em UTI. Coma. Descumprimento de norma contratual a gerar dano moral indenizável. Recurso Especial provido. 1. A recusa injustificada para a internação de associado de Plano de Saúde, em estado de coma, configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capaz de gerar dano moral indenizável. 2. A angústia experimentada pelo esposo e filhos da paciente, em face do medo de óbito, o temor em não conseguir obter o numerário necessário às despesas de sua internação, acarretando a venda de bem imóvel familiar, caracterizam situações que vão além de mero aborrecimento e desconforto. 3. As cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas da forma mais benéfica a este, não sendo razoável a seguradora se recusar a prestar a cobertura solicitada, principalmente existindo o risco de morte. 4. Recurso especial provido” (STJ, REsp 907.655/ES, rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 02.12.2010, DJe 09.12.2010). No mesmo sentido: “Civil. Recurso Especial. Indenização. Dano moral. Negativa injusta de cobertura securitária médica. Cabimento. 1. Afigura-se a ocorrência de dano moral na hipótese de a parte, já internada e prestes a ser operada – naturalmente abalada pela notícia de que estava acometida de câncer –, ser surpreendida pela notícia de que a prótese a ser utilizada na cirurgia não seria custeada pelo plano de saúde no qual depositava confiança há quase 20 anos, sendo obrigada a emitir cheque desprovido de fundos para garantir a realização da intervenção médica. A toda a carga emocional que antecede uma operação somou-se a angústia decorrente não apenas da incerteza quanto à própria realização da cirurgia mas também acerca dos seus desdobramentos, em especial a alta hospitalar, sua recuperação e a continuidade do tratamento, tudo em virtude de uma negativa de cobertura que, ao final, se demonstrou injustificada, ilegal e abusiva. 2. Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência do STJ vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura securitária médica, na medida em que a conduta agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, o qual, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. 3. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 1.190.880/RS, 3.ª T., j. 19.05.2011, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 20.06.2011).

14 do CDC,²⁷⁵ o qual vai se orientar também pela responsabilidade solidária dos membros da cadeia de fornecimento, incluindo se for o caso o profissional liberal e outro fornecedor com o qual a prestação de serviço seja conexa (médico e hospital, por exemplo).²⁷⁶

275. "Responsabilidade do fornecedor pelo fato do serviço. Aids. Exame laboratorial que apontou falso positivo. A responsabilidade civil dos laboratórios por suposto defeito na prestação de serviços sujeita-se à norma disposta no artigo 14 do CDC, que oferece disciplina específica para o assunto. A noção de defeito na Lei 8.078/90 está diretamente relacionada à legítima expectativa de segurança do consumidor e, conseqüentemente, aos riscos que razoavelmente se esperam de um serviço. Nessa medida, não há como se considerar defeituoso um exame laboratorial que, embora equivocado, adverte em seu resultado a respeito da necessidade de repeti-lo. Informação que se justifica em razão de ser a técnica utilizada no teste sensível e não totalmente específico, podendo ser influenciada por fatores externos, inclusive, pela própria gravidez da apelante. Caracterizada a excludente de responsabilidade prevista no § 3.º do artigo 14 do CDC, não há que se cogitar de indenização por danos morais. Apelo improvido" (TJRS, 10.ª Cãm., ApCiv 70.002.399.590, j. 06.12.2001, rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima).
276. "Responsabilidade civil. Danos morais. Lesão traumática não observada pelo médico assistente, neurologista. Laudo traumatológico indicativo de lesão. Não realização de cirurgia. Quadro de dor. Nexo causal demonstrado. Agravo retido prejudicado. Regularidade na representação processual da parte autora. Pré-questionamento. Descabimento. Ausência de afronta à legislação invocada. 1. Conquanto o estabelecimento hospitalar disponibilize suas dependências para o atendimento médico pelo seu corpo clínico, está igualmente se tornando responsável pelos procedimentos que ali vierem a ser adotados, com todas as conseqüências daí decorrentes. Aliás, a relação havida entre a vítima e o nosocômio era de natureza contratual, de modo que também o estabelecimento requerido obrigou-se pela incolumidade do indivíduo ali internado. E, de tal sorte, assumiu a ré expressa e contratualmente um dever para com o paciente, devendo responder pelos danos advindos em razão de lesão traumática não tratada quando do período de internação do paciente em seu estabelecimento. 2. Hospitais. Responsabilidade objetiva. Para a responsabilização das entidades hospitalares basta a comprovação de um dano como decorrência lógica de uma ação ou omissão imputada aos seus prepostos e/ou representantes. É o que nos diz o artigo 14 do microsistema consumerista. Mais do que isso, o mesmo diploma legal, em seu § 3.º, estabelece que o fornecedor somente poderá ilidir sua responsabilidade, que aqui advém pura e simplesmente da má prestação do serviço, mediante a comprovação da inexistência de defeito ou de culpa exclusiva do consumidor. 3. Médico assistente. Em que pese ser o médico responsável pelo paciente especialista em neurologia, teve ele acesso a todos os exames realizados, inclusive traumatológicos, bem como acompanhou sua recuperação, estando ciente do quadro de dor na perna, tendo restado inerte na adoção de providências aptas a restabelecer, com eficiência, a integridade física do paciente. 4. Dever de indenizar. Dano moral. Quadro de dor crônica decorrente do atendimento desidioso ministrado ao paciente quando de sua internação no nosocômio demandado. Dano que decorre do próprio fato. 5. Quantum. Montante fixado na sentença, a título de compensação por danos morais, que se mostra consentâneo com os parâmetros de fixação adotados por esta corte. Apelos improvidos. Sentença mantida" (TJRS, 10.ª Cãm. Civ., ApCiv 70.015.212.483, j. 15.02.2007, rel. Paulo Antônio Kretzmann). No mesmo sentido: "Civil. Ação de indenização. Erro médico. Responsabilidade solidária do cirurgião (culpa in eligendo) e do anestesista reconhecida pelo acórdão recorrido. Matéria de prova. Súmula 7 do STJ. I – O médico-chefe é quem se presume responsável, em princípio, pelos danos ocorridos em cirurgia, pois, no comando dos trabalhos, sob suas ordens e que se executam os atos necessários ao bom desempenho da intervenção. II – Da avaliação fática resultou comprovada a responsabilidade solidária do cirurgião (quanto ao aspecto in eligendo) e do anestesista pelo dano causado. Insuscetível de revisão esta matéria a teor do enunciado na Súmula 7 do STJ. III – Recurso não conhecido". (STJ, REsp 53.104/RJ, j. 04.03.1997, rel. Min. Waldemar Zveiter, RT 748/182); e: "Direito civil. Suicídio cometido por paciente internado em hospital, para tratamento de câncer. Hipótese em que a vítima havia manifestado a intenção de se suicidar para seus parentes,

3.3.6 Prazo para exercício do direito de reclamar por vícios

Ao lado do regime de vícios do produto e do serviço, o CDC irá estabelecer o prazo para que o consumidor exerça seu direito de reclamar por vícios. Neste sentido, vale relembrar mais uma vez a máxima romana *dormientibus non succurrit ius* (o direito não socorre aos que dormem). Daí porque foi necessário limitar temporalmente o exercício do direito de reclamação por vícios. a exemplo do que existem em direito comum, sobretudo em vista da necessidade de estabelecer certa previsibilidade e a possibilidade de avaliação dos custos decorrentes do exercício deste direito, e o planejamento da sua atividade empresarial por parte dos fornecedores. Este prazo estabelecido em lei para reclamação dos vícios do produto e do serviço é o que se denomina prazo de *garantia legal*.

Quanto à natureza do prazo estabelecido pelo CDC, se seria hipótese de decadência, como refere a norma do artigo 26, ou efetivamente de prescrição, é tema que oferece certo debate.²⁷⁷ Isto porque, como se sabe, a decadência tem em consideração a existência de um direito potestativo ou formativo que, uma vez exercido pelo titular, produz desde logo sua eficácia na constituição, modificação ou extinção de uma determinada relação jurídica. De outro modo, como didaticamente hoje está expresso no artigo 189 do CC, a prescrição refere-se à extinção de uma pretensão, cuja origem está na violação de um determinado direito subjetivo. Neste sentido, a exigência do consumidor de uma das alternativas disponíveis a seu favor pelos artigos 18 a 20 do CDC, tem sua eficácia dependente do comportamento do fornecedor de atender espontaneamente ou não o interesse manifestado. Neste sentido, depende da cooperação do fornecedor, que se não for espontânea, poderá ser exigida por via judicial. Contudo, em tais condições, há de se reconhecer, a princípio, hipótese que seria de pretensão, logo, os prazos mencionados no artigo 26 do CDC seriam, pela natureza do interesse a que fazem referência, prazos prescricionais. Todavia, ensina Claudia Lima Marques, que “a regra do artigo 26 refere-se à decadência de reclamar judicialmente, ou seja, decadência do direito à satisfação contratual perfeita, obstada por um vício de inadequação do produto ou serviço”.²⁷⁸

Conforme refere Leonardo Bessa, a grande crítica, ao tempo da elaboração do CDC, sobre o sistema de vícios redibitórios do Código Civil, era a exiguidade do prazo estipulado para o exercício do direito à devolução do valor ou abatimento do preço, sendo que a codificação de 1916 estabelecia os prazos de 15 (quinze) dias para bens móveis e 6 (seis) meses para imóveis²⁷⁹

que avisaram o médico responsável dessa circunstância. Omissão do hospital configurada, à medida que nenhuma providência terapêutica, como a sedação do paciente ou administração de antidepressivos, foi tomada para impedir o desastre que se havia anunciado. O hospital é responsável pela incolumidade do paciente internado em suas dependências. Isso implica a obrigação de tratamento de qualquer patologia relevante apresentada por esse paciente, ainda que não relacionada especificamente à doença que motivou a internação. Se o paciente, durante o tratamento de câncer, apresenta quadro depressivo acentuado, com tendência suicida, é obrigação de o hospital promover tratamento adequado dessa patologia, ministrando antidepressivos ou tomando qualquer outra medida que, do ponto de vista médico, seja cabível. Na hipótese de ausência de qualquer providência por parte do hospital, é possível responsabilizá-lo pelo suicídio cometido pela vítima dentro de suas dependências. Recurso especial não conhecido” (STJ, REsp 494.206/MG, j. 16.11.2006, rel. p/ acórdão Nancy Andrighi, DJU 18.12.2006, p. 361).

277. Neste sentido, veja-se: SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: RT, 2002. p. 29 et seq.

278. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 418.

279. BESSA. *Vícios dos produtos...*, p. 292-293.

(o CC/2002 ampliou estes prazos, respectivamente, para 30 dias e um ano, conforme dispõe o artigo 445). O CDC por sua vez, optou por distinguir os prazos não a partir da classificação de bens móveis-imóveis, senão pela distinção entre bens *duráveis* e *não duráveis*. O critério é, pois, a durabilidade ou não do bem em questão, o que remonta a questões de interpretação sobre o que se deva considerar como tal.

Da mesma forma, o tipo de solução a ser adotada pelo legislador também foi considerada. Afinal, duas as soluções legislativas possíveis. De um lado, o simples estabelecimento de um prazo arbitrário – que a princípio começaria a fluir da data da tradição do produto ou da efetiva prestação do serviço – ou a determinação de um prazo, estabelecendo que a sua contagem inicia-se apenas a partir da manifestação do vício. Esta segunda opção terminou sendo a adotada pelo legislador.²⁸⁰

A importância da solução legislativa adotada pelo CDC, em comparação ao regime do Código Civil, vem em consideração da ampla proteção conferida pela norma de direito do consumidor em relação aos vícios, sejam eles aparentes ou ocultos. Neste sentido, independente do fato de se constituírem em vícios aparentes ou ocultos, o prazo para reclamação dos vícios são os mesmos. Apenas distingue-se o momento inicial da sua contagem. Sendo o vício aparente, a contagem se dá a partir da tradição do produto, ou da efetiva prestação do serviço ao consumidor (artigo 26, § 1.º, do CDC). Já se tratando de vício oculto, ou seja, o vício que apenas se manifesta a partir da utilização ou fruição do produto ou serviço, o termo inicial da contagem do prazo será do momento em que este vício é descoberto, conforme estabelece o artigo 26, § 3.º, do CDC. Destaque-se, contudo, que o vício oculto, para se caracterizar, já deve acompanhar o produto desde antes de sua tradição, assim também o serviço, desde o momento da sua prestação. Apenas sua manifestação, ou seja, quando se dá a conhecer, é que ocorre posteriormente.²⁸¹ Neste sentido, não será vício oculto eventual diminuição de utilidade, ou mesmo inutilização

280. Neste sentido o comentário de Antonio Herman Benjamin. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 134.

281. Adotando uma interpretação extensiva de consumidor, e aplicando o CDC, decidiu o STJ: “Direito do consumidor. Recurso especial. Artigo 177 do CC/16. Ausência de prequestionamento. Súmula 356 do STF. Indenização. Sementes de algodão de qualidade inferior. Vício de qualidade de produto não durável. Prazo para o ajuizamento da ação indenizatória. Artigo 26, I, da Lei 8.078/90. Início da contagem. Vício oculto. Momento em que evidenciado. Artigo 26, § 3.º, da Lei 8.078/90. Decadência mantida. Dissídio pretoriano não comprovado. 1 – Esta Corte de Uniformização Infraconstitucional tem decidido que, a teor do artigo 255 e parágrafos do RISTJ, para comprovação e apreciação do dissídio jurisprudencial, devem ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, bem como juntadas cópias integrais de tais julgados ou, ainda, citado repositório oficial de jurisprudência. Inocorrendo isto, na espécie, impossível conhecer da divergência aventada. 2 – Não enseja interposição de Recurso Especial matéria (artigo 177 do Código Civil de 1916) não ventilada no v. julgado atacado e sobre a qual a parte não opôs os Embargos Declaratórios competentes, estando ausente o prequestionamento. Aplicação da Súmula 356 do STF 3 – Baseando-se o pedido de indenização na ocorrência de vício de qualidade de produto não durável (entrega de sementes de algodão de qualidade inferior à contratada), o prazo decadencial para o ajuizamento da ação é o previsto no artigo 26, I, da Lei 8.078/90. Tratando-se de vício oculto, porquanto na aquisição das sementes ele não era detectável, a contagem do prazo iniciou-se no momento em que aquele se tornou evidente para o consumidor, nos termos do artigo 26, § 3.º, da Lei 8.078/90. Logo, o prazo já havia se escoado, há nove meses, quando da propositura da presente ação. Ademais, o prazo prescricional estabelecido no artigo 27 do mesmo diploma legal somente se refere à responsabilidade pelo fato do produto (defeito relativo à falha na segurança), em caso de pretensão à reparação de danos. 4 – Precedentes (REsp 114.473/RJ, 258.643/

do produto, ou ainda a falha nos resultados obtidos pela fruição de um serviço, se tais situações decorrerem da má utilização pelo consumidor, ou ainda de causa alheia ao processo de produção e distribuição ou de prestação do produto ou serviço. A prova, entretanto, para exoneração da garantia, será sempre do fornecedor, o que muitas vezes poderá determinar a necessidade de uma prova impossível (como caracterizar a má-utilização pelo consumidor, a qual não se presume?), hipótese em que responderá pelo vício com fundamento no risco negocial.

A abertura do termo inicial para contagem do prazo dos vícios ocultos não significa, todavia, que a garantia legal seja eterna. Segundo ensina Claudia Lima Marques, a extensão desta garantia, em relação aos vícios ocultos, será determinada em razão da sua durabilidade, ou seja, da vida útil de um determinado produto.²⁸² Neste sentido, só haverá garantia durante a vida útil do produto, enfraquecendo esta garantia com a passagem do tempo e conseqüente diminuição deste período de utilidade.²⁸³ A determinação de qual seja este período, contudo, será tarefa do juiz ao examinar o caso, em vista das características técnicas e a expectativa de utilização razoável de um produto,²⁸⁴ ou fruição de um serviço.

3.3.6.1 *Espécies de prazos*

São dois os prazos fixados para a garantia legal contra vícios no CDC. Segundo o artigo 26 do CDC: "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". Não há uma definição legal para o que sejam produtos e serviços duráveis e não duráveis. Sua caracterização decorre das regras de experiência e da primazia da realidade, considerando-se duráveis, aqueles cuja existência e utilidade se projeta no tempo e não duráveis, quando em geral, sua existência ou utilidade esgota-se com maior brevidade.

Os prazos de respectivamente 30 (trinta) dias para bens não duráveis e 90 (noventa) dias para bens duráveis configuram vantagem para o consumidor em comparação ao regime do Código Civil, à exceção da garantia contra vícios assegurada a bens imóveis. Isto porque, em relação aos imóveis, enquanto no CDC sua garantia máxima será de 90 dias (qualificados como produtos duráveis), no Código Civil este prazo será de um ano (artigo 445), ou ainda, tratando-se de contrato de empreitada, cinco anos, de acordo com o previsto no artigo 618 da mesma norma civil. Há quem sustente, como Zelmo Denari, que deve haver com relação aos vícios relativos a imóveis, uma distinção entre vícios estruturais (que digam respeito à estrutura e solidez da obra) e vícios não estruturais (que não digam respeito à solidez da obra, mas a outra falha qualquer do construtor). No primeiro caso (vícios estruturais), deveria aplicar-se o prazo

RR). 5 – Recurso não conhecido" (STJ, REsp 442.368/MT, 4.ª T, j. 05.10.2004, rel. Min. Jorge Scarcezini, DJU 14.02.2005, p. 208).

282. MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 1.022.

283. STJ, REsp 1.161.941/DF, 3.ª T., j. 05.11.2013, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 14.11.2013.

284. Neste sentido, cumpre destacar-se um debate necessário, mas que foge aos limites exclusivos do direito do consumidor, dizendo respeito ao próprio funcionamento do sistema econômico e a desafios de preservação ambiental, sustentabilidade e gestão de matérias-primas, que é o relativo à estratégia de *obsolescência programada* de muitos produtos, cuja durabilidade e utilidade é reduzida de modo a estimular sua substituição periódica, fomentando novas vendas pelo fornecedor. No caso da garantia contra vícios do produto, o exame deste tema repercute diretamente nos critérios para definir a expectativa de duração razoável desses produtos e a própria definição da noção de vício.

do Código Civil, enquanto no segundo (vícios não estruturais), deveria ser aplicado o prazo do CDC.²⁸⁵ A princípio, diga-se, a norma do artigo 7.º, que fundamenta o diálogo das fontes entre o CDC e o Código Civil permitiria esta interpretação.

Entretanto, este prejuízo aparente do consumidor em razão da aplicação exclusiva das normas do CDC terá lugar apenas se for se considerar o prazo de garantia com relação a vícios aparentes, o que em geral não é o caso em matéria de bens imóveis. Tratando-se de vício oculto, o regime do CDC assegura, como vimos, a fluência do prazo de garantia tem seu termo inicial a partir da descoberta do vício, assim como para determinar-se a abrangência da garantia tem-se em consideração a vida útil do produto, o que no caso de bem imóvel é bastante longa. Neste sentido, mesmo em relação aos imóveis, quando se tratar de vício oculto, o regime do CDC parece mais vantajoso ao consumidor, sobretudo se for considerada a flexibilidade do termo inicial de contagem do prazo em caso de vício oculto (que inclusive poderá superar, na prática, o prazo de um ou cinco anos previstos na lei civil), assim como a possibilidade de obstar a fluência do prazo, conforme será examinado a seguir.

3.3.6.2 *Causas que obstem a fluência do prazo da garantia*

O artigo 26 admite a interrupção do prazo para exercício do direito de reclamação por vícios, em virtude de duas situações: a reclamação do consumidor perante o fornecedor; e a instauração de inquérito civil, providência que compete ao Ministério Público. Dispõe, neste sentido, o artigo 26, § 2.º: “Obstam 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” (a possibilidade de reclamação perante órgãos e associações de defesa do consumidor, prevista no inciso II, da norma, foi vetada por ocasião da promulgação do Código).

Ambas as situações, interrompem a fluência do prazo da garantia legal. Observe-se, entretanto, a necessidade do consumidor instruir adequadamente sua reclamação perante o fornecedor, na forma prevista no inciso I, uma vez que neste é feita expressa referência à circunstância da reclamação ter sido “comprovadamente formulada”, assim como da resposta negativa eventualmente havida. Isto porque, à evidência, o período em que não fluirá o prazo da garantia legal do consumidor será o compreendido entre o ato da reclamação e a resposta negativa do fornecedor. A falta de algum deles produzirá incerteza quanto ao exato momento em que o prazo passará a ser contado novamente. Assim também com relação à instauração de inquérito civil, pelo Ministério Público, hipótese prevista no inciso III, da norma em destaque. A razão para previsão desta causa impeditiva parece ser o proveito que o consumidor poderá ter com o resultado das providências adotadas pelo Ministério Público na conclusão do inquérito civil, seja em decorrência de um termo de ajustamento ou a interposição de ação civil pública contra o fornecedor que deu causa ao vício.

Por outro lado, questão a ser observada é se as causas previstas no artigo 26, § 2.º, configuram hipóteses de suspensão ou interrupção o prazo da garantia legal. Isto porque, se for o caso de suspensão, após a resposta negativa do fornecedor ou o encerramento do inquérito civil pelo Ministério Público, restará ao consumidor apenas o prazo faltante para exercício, via judicial, do seu direito à garantia (assim, por exemplo, com relação a um produto durável, se a reclamação do consumidor perante o fornecedor tiver sido formulada no 85.º dia do prazo, após

285. DENARI. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 224-225.

a resposta negativa restaria apenas 5 dias do prazo para exercício do direito à garantia, via judicial). Por outro lado, se tais causas forem interruptivas, após a negativa do fornecedor ou o encerramento do inquérito civil, retornaria o prazo do seu início, contando a partir de então, novamente, todo o prazo previsto na lei. Sustenta Zelmo Denari que a norma em questão tem caráter de causa suspensiva, sobretudo considerando que a norma previu um hiato na fluência dos respectivos prazos (entre a reclamação e a negativa do fornecedor, entre a instauração e encerramento do inquérito civil). Neste sentido, não teria legislado deste modo, se o objetivo fosse estabelecer causa interruptiva, hipótese em que bastaria prever o ato de interrupção.²⁸⁶ Por outro lado, a diretriz lógica de proteção do CDC, pode determinar as chamadas causas obstativas previstas no artigo 26, § 2.º, como hipóteses de interrupção do prazo, em virtude de interpretação mais favorável ao consumidor. Em sentido distinto, vai sustentar Paulo Scartezini Guimarães, para quem as causas obstativas da fluência do prazo da garantia, previstas no artigo 26, § 2.º, do CDC, distinguem-se em relação a sua natureza. Sustenta então, que a hipótese do exercício do direito de reclamação do consumidor em relação ao fornecedor, prevista no inciso I da norma em comento, seria hipótese de interrupção do prazo, porquanto circunstância dependente da atuação concreta do interessado, colhendo a lição de Câmara Leal, para quem as causas interruptivas vinculam-se a atos praticados pelo interessado na paralisação do prazo, enquanto as causas suspensivas dar-se-iam em acordo com fatos objetivos, independente da vontade das partes.²⁸⁷ Neste sentido, a segunda hipótese, de instauração do inquérito pelo Ministério Público, até o seu encerramento, caracterizaria causa suspensiva, porquanto independente da vontade do consumidor interessado.²⁸⁸

3.3.7 *Garantia legal e garantia contratual*

Como afirmamos, o prazo da garantia legal é aquele previsto em lei para que o consumidor exerça o seu direito de reclamar sobre vícios do produto ou do serviço. Todavia, as práticas de mercado, assim como a concorrência entre os consumidores, fazem com que ao lado da garantia legal, os próprios fornecedores, de modo espontâneo, ofereçam garantia autônoma para o produto ou serviço fornecido. Para tanto, tornou-se prática em certos setores do mercado brasileiro, a oferta de “garantia estendida” e outras vantagens acessórias do produto ou serviço, mediante o pagamento de valor específico pelo consumidor além do preço a ser pago pela prestação principal do contrato.

Cumpra desde logo distinguir entre ambas as garantias e suas condições. A garantia legal contra vícios, cujos prazos são previstos no artigo 26 do CDC, independe de termo expresso (artigo 24), não podendo ser condicionada ou afastada em virtude de estipulação contratual entre consumidor e fornecedor. Ao contrário, estabelece o artigo 50 do CDC, que a garantia contratual é complementar à legal, devendo ser estabelecida mediante termo escrito. Da mesma forma, estabelece o parágrafo único do artigo 50 que “o termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações”.

286. *Idem*, p. 229.

287. CÂMARA LEAL, Antônio Luis. *Da prescrição e da decadência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 173; *apud* SCARTEZZINI GUIMARÃES. *Vícios do produto e do serviço...*, p. 397.

288. *Idem*, p. 397.

A regra, neste sentido, é de que a garantia contratual, uma vez que decorre da manifestação do consenso entre consumidor e fornecedor, pode ser convencionada tanto de modo puro – ou seja, sem a imposição de requisitos ou condições para o consumidor fazer jus ao benefício – quanto de modo condicionado – ou seja, estabelecendo condições para que venha a produzir seus efeitos ou mantenha seus efeitos durante o tempo contratado. Assim, por exemplo, é a garantia dos automóveis, estabelecidas mediante condição ou termo resolutivo (e.g. “garantia por dez mil quilômetros de uso ou um ano, o que ocorrer primeiro”), ou ainda condicionando a que o consumidor realize revisões a cada intervalo determinado nas condições gerais contratuais.

O que é importante ter em consideração é que quando estabelecida via contrato (garantia contratual), restam à disposição do consumidor duas garantias. A garantia legal, independente de termo expresso, e de quaisquer condições de eficácia por parte do consumidor, que produz efeitos desde a data do contrato ou da tradição da coisa; e uma segunda garantia, contratual, cuja eficácia em geral também se produz a partir do momento da contratação, e que tem seus efeitos regulados por este. Caberá ao consumidor examinar o interesse de acionar uma das duas garantias, ou melhor, de exercer um ou outro direito à garantia, conforme seja a espécie de vício e a cobertura oferecida por ambas (por exemplo, a hipótese da garantia legal excluir a cobertura de vícios do motor).

Por fim, cumpre examinar a relação estabelecida pelo artigo 50 do CDC ao estabelecer que “a garantia contratual é complementar à legal”. Esta relação de complementaridade deu fundamento a entendimento doutrinário e jurisprudencial, no sentido de que os prazos de garantia não iniciariam, necessariamente, sua contagem no mesmo momento, de modo a sobreporem-se, mas sim que a garantia legal (30 ou 90 dias) só passaria a ser contada seu prazo após o esgotamento do prazo da garantia contratual.²⁸⁹ Assim, por exemplo, sendo o prazo da garantia con-

289. MARQUES. Contratos..., 4. ed., p. 1.022. Neste sentido: “Recurso Especial. Código de Defesa do Consumidor. Veículo novo. Aquisição. Defeitos não solucionados durante o período de garantia. Prestação jurisdicional deficiente. Responsabilidade solidária do fabricante e do fornecedor. Incidência do artigo 18 do CDC. Decadência. Afastamento. Fluência do prazo a partir do término da garantia contratual. 1. Diversos precedentes desta corte, diante de questões relativas a defeitos apresentados em veículos automotores novos, firmaram a incidência do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor para reconhecer a responsabilidade solidária entre o fabricante e o fornecedor. 2. O prazo de decadência para a reclamação de vícios do produto (artigo 26 do CDC) não corre durante o período de garantia contratual, em cujo curso o veículo foi, desde o primeiro mês da compra, reiteradamente apresentado à concessionária com defeitos. Precedentes. 3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido” (STJ, REsp 547.794/PR, 4.ª T., j. 15.02.2011, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, *DJe* 22.02.2011). No mesmo sentido as decisões do TJRS: “Apelação cível. Indenizatória. Consumidor. Defeito do produto. Vício oculto. Prazo e decadência. Exegese dos artigos 18, § 1.º, II, 26, II, § 3.º e artigo 50 do CDC. A garantia contratual, determinada pelo próprio fornecedor e de acordo com a sua conveniência, é complementar à garantia legal, consoante a exegese do artigo 50 do CDC. No caso, o vício oculto foi constatado quando expirada a garantia contratual. Todavia, a contagem do prazo decadencial da garantia legal somente teve início com a verificação daquele e, portanto, ao tempo do ajuizamento da demanda, não havia transcorrido o lapso legal previsto no artigo 26, II, § 3.º da legislação consumerista. De outra banda, não merece acolhimento o pleito de indenização por danos materiais e morais, por ausência de efetiva comprovação neste tocante. Apelo provido em parte (TJRS, ApCiv 70.011.639.291, 12.ª Cam. Civ., j. 20.10.2005, rel. Des. Cláudio Baldino Maciel, *DJ* 07.11.2005). No mesmo sentido: “Ação de reparação de danos. Aquisição de baterias. Vícios de qualidade do produto. Direito à substituição dos bens defeituosos. Legitimidade passiva do comerciante. 1. Responde o comerciante solidariamente por vício de qualidade dos produtos vendidos. 2. A garantia legal, prevista no artigo 26 do CDC, não vem a se con-

tratual de um produto durável de 1 (um) ano, somente após o esgotamento deste período é que passaria a ser contado o prazo da garantia legal de 90 (noventa) dias, somando-se um ano mais noventa dias. Este critério, contudo, embora admitido, sobretudo em vista de sua interpretação favorável ao consumidor, poderia também revelar algumas dificuldades de aplicação prática. Neste sentido, argumenta-se que ao somarem-se os prazos de garantia, poderia haver dúvida do consumidor sobre qual a espécie de direito exercido (se à garantia contratual ou à garantia legal), e com isso a sujeição ou não do consumidor a eventuais limites deste direito (o que ocorreria no caso de eventuais limitações da garantia contratual). A solução mais adequada, sustentada nesta hipótese, seria a de utilizar-se, no caso dos produtos e serviços duráveis, o critério de vida útil dos mesmos com a finalidade de estender os efeitos da garantia legal com relação aos vícios ocultos que estes apresentem.²⁹⁰

Note-se, todavia, que a regra básica da relação entre a garantia legal e a garantia contratual é a da não sobreposição dos prazos e do conteúdo das garantias, em atenção ao que dispõe o artigo 50 do CDC.²⁹¹ Sem prejuízo, naturalmente, de que o prazo da garantia legal possa ser estendida em face da natureza do vício do produto ou do serviço. Se a hipótese for de vício oculto, a contagem do prazo, em atenção ao que dispõe o § 3.º do artigo 26, terá seu termo inicial no momento em que se evidenciar o vício, vinculando-se o tempo da eficácia da garantia ao critério da vida útil do produto²⁹² ou do serviço em questão.

3.4 EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO FORNECEDOR

A responsabilidade patrimonial do fornecedor pela reparação dos danos causados aos consumidores é medida pelo conteúdo do direito básico do consumidor à efetiva reparação de danos, previsto no artigo 6.º, VI, do CDC. Neste sentido, a medida da indenização é a extensão

fundir com a contratual, qual seja, aquela conferida pelo próprio fornecedor quando da efetivação do negócio. Ambas são cumuláveis e não se excluem, passando aquela a fluir a partir do término desta. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido" (TJRS, Recurso Cível 71.001.354.331, 1.ª Turma Recursal Cível, j. 06.11.2007, rel. Ricardo Torres Hermann, DJ 09.11.2007).

290. BESSA. Vícios dos produtos..., p. 297-298.

291. Neste sentido foi o voto do Min. Carlos Alberto Menezes Direito no REsp 225.858/SP, de que foi relator o Min. Waldemar Zveiter (REsp 225.858/SP, j. 15.02.2001, DJ 13.08.2001): "Ocorre que o artigo 50 do mesmo Código estabelece que a 'garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito'. E a interpretação oferecida pelo acórdão recorrido está de acordo com o sistema de proteção ao consumidor. Na verdade, se existe uma garantia contratual de um ano tida como complementar à legal, o prazo de decadência somente pode começar da data em que encerrada a garantia contratual, sob pena de submetermos o consumidor a um engodo com o esgotamento do prazo judicial antes do esgotamento do prazo de garantia. E foi isso que o artigo 50 do Código de Defesa do Consumidor quis evitar". Conforme MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 687.

292. "Ação de rescisão contratual, cumulada com reparação de danos materiais. Compra e venda de veículo usado. Alegação de vício oculto. Em se tratando de veículo usado, com 22 anos de fabricação, dele não se pode esperar as mesmas condições de um bem zero quilômetro. Prova dos autos que indica estar-se diante de mero desgaste natural do automóvel, em razão do tempo. Risco que se assume ao celebrar negócios cujo objeto é coisa usada. Inaplicabilidade da tutela da garantia legal do CDC (artigo 18). Recurso improvido" (TJRS, Recurso Cível 71.001.330.513, 2.ª Turma Recursal Cível, j. 29.08.2007, rel. Eduardo Kraemer, DJ 30.04.2007).

do dano (a exemplo do que dispõe o artigo 944 do CC). O alcance desta responsabilidade patrimonial, neste sentido, é medido em virtude da extensão do dano, razão pela qual o próprio CDC prevê medidas para assegurar a ampla indenização, como é o caso da desconsideração da personalidade jurídica (artigo 28), assim como a identificação, mediante desenvolvimento jurisprudencial, de funções próprias para indenização, como o conteúdo preventivo e dissuasório que assume, sobretudo, em matéria de indenização por danos morais.

O regime da responsabilidade do fornecedor estabelecido pelo CDC também tem o efeito de afastar, segundo entendimento jurisprudencial consolidado, qualquer espécie de tarifamento ou limitação do *quantum* indenizatório,²⁹³ em vista do direito à efetiva reparação.

Da mesma forma, a regra da solidariedade dos fornecedores em vista do regime de responsabilidade civil do CDC só comporta a exceção dos comerciantes em relação à responsabilidade por fato do produto (artigo 13). Nas demais situações de responsabilidade, a solidariedade dos fornecedores permite ao consumidor dirigir sua pretensão indenizatória contra todos os membros da cadeia de fornecimento. Apenas internamente, nas relações dos fornecedores entre si, é que se vai admitir a possibilidade de ação regressiva daquele que venha a responder perante o consumidor, contra o outro fornecedor que comprovadamente tenha dado causa ao dano.

Este regime de solidariedade é de grande importância, igualmente, para exame de algumas excludentes de responsabilidade estabelecidas no próprio CDC, sobretudo em vista da impossibilidade de individualizar muitas vezes a conduta causadora do dano, remetendo à teoria da causalidade alternativa.²⁹⁴ Neste sentido, ao estabelecer-se no regime da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço a culpa exclusiva de terceiro, como espécie de excludente, em nenhum momento, poderá ser qualificado como terceiro qualquer dos membros da cadeia de fornecimento, ainda que não tenha relação direta com o fornecedor demandado pela indenização. Neste sentido há expressão de vedação de denunciação à lide do presumido causador do dano, em face da regra do artigo 88 do CDC, que estabelece, na hipótese do demandado realizar o pagamento da indenização, poder reclamar, via ação de regresso, os valores pagos dos reais causadores do dano, segundo a participação de cada um na causação do evento danoso.

Já no que se refere à responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço, a responsabilidade solidária de todos os fornecedores, estabelecida dos artigos 18 a 20 do CDC, impõe a possibilidade de demandar indistintamente qualquer deles, resolvendo-se internamente, mediante a verificação da culpa, a viabilidade e a legitimidade passiva dos demais membros da cadeia de fornecedores.

3.4.1 Funções da indenização no CDC

Um dos temas mais controvertidos no direito contemporâneo diz respeito às funções da indenização. Em regra, como expressa influência do direito romano e da influência do concei-

293. "Civil. Transporte aéreo. Carga. Mercadoria. Extravio. Transportador. Indenização integral. CDC. Aplicação. Convenção de Varsóvia. Afastamento. 1 – A jurisprudência pacífica da Segunda Seção é no sentido de que o transportador aéreo, seja em viagem nacional ou internacional, responde (indenização integral) pelo extravio de bagagens e cargas, ainda que ausente acidente aéreo, mediante aplicação do Código de Defesa do Consumidor, desde que o evento tenha ocorrido na sua vigência, conforme sucede na espécie. Fica, portanto, afastada a incidência da Convenção de Varsóvia e, por via de consequência, a indenização tarifada. 2 – Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença" (STJ, REsp 552.553/RJ, j. 12.12.2005, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 01.02.2006, p. 561).

294. CALVÃO DA SILVA. *Responsabilidade civil do produtor*, p. 579.

to de justiça comutativa, a indenização sempre teve caráter eminentemente reparatório, de reconstrução do patrimônio jurídico afetado, nos estritos limites do prejuízo causado, de modo a promover um retorno ao estado anterior à realização do dano (*status quo ante*). Entretanto, a gradativa aceitação, pelo direito privado, da possibilidade de indenização de novos danos, imateriais (danos morais, ou extrapatrimoniais) e, portanto, sem definição de um critério mensurável para identificação de um *quantum* pecuniário que cumprisse a função reparatória, pôs em crise sua utilidade como único paradigma da indenização.

Neste âmbito de inúmeras espécies de danos a serem indenizados estão o *dano à pessoa*, *dano moral*, *dano à saúde*, *dano ao projeto de vida* e tantos outros. E conforme expressa definição legal e constitucional em nosso sistema, a tutela destes direitos reclamou a adoção de novas funções para a indenização, em vista da tutela integral da pessoa.²⁹⁵ Em primeiro lugar, foi construída e desenvolvida a *função compensatória* da indenização, partindo do pressuposto que, tendo sofrido um dano que, conceitualmente, é irreparável, cumpre à pessoa o direito de receber, via indenização, um conforto material de natureza pecuniária, de modo a permitir, na impossibilidade fática da reparação, uma compensação pelo dano sofrido.²⁹⁶

Ocorre que, em paralelo à consideração sobre as limitações e a incapacidade²⁹⁷ da função reparatória abranger todo o sentido e finalidade da indenização, a identificação de novos danos, cuja repercussão não se perceba com gravidade em nível individual, mas cuja projeção, por

295. Neste sentido Ricardo Lorenzetti, para quem a pessoa humana, ao passar ao centro do ordenamento jurídico, torna o princípio do centralismo do homem verdadeiro 'princípio ativo' do direito privado, que deve operar no sentido de promover sua proteção. LORENZETTI, Ricardo. *Fundamentos de direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 145.

296. "Civil. Responsabilidade civil. Acidente de veículo. Desprendimento da banda de rodagem do pneu. Causa única do acidente. Falecimento dos pais de dois dos autores e do filho da outra autora. Responsabilidade objetiva do CDC. Culpa comprovada nas instâncias anteriores com base nas provas dos autos. Valor indenizatório. Pedido de elevação requerido pelos autores. Pedido de redução requerido pela ré. Pensão mensal. Arbitramento. Décimo terceiro salário. Ambos os recursos não comportam conhecimento no que toca à alínea "a" do permissivo constitucional. Alegações genéricas de violação dos preceitos e equívoco na fixação do *quantum*. Súmula 284 do STF. Cumpridos os requisitos do artigo 541, parágrafo único, do CPC e do artigo 255 do RISTJ, os dois recursos devem ser conhecidos quanto ao dissídio jurisprudencial. A alteração do montante indenizatório pelo STJ somente é possível nas restritas hipóteses em que fixado de forma irrisória ou exagerada. Precedentes. Valores arbitrados pelo STJ em decisões anteriores prestam-se como parâmetro para fixação do *quantum*, inexistindo tarifação ou tabelamento de danos morais. O pedido de elevação da quantia para R\$ 7.500.000,00 para cada autor, fundado em reportagem de jornal acerca de acordo firmado no exterior é despropositado. Em tais casos, a indenização não pode representar enriquecimento sem causa dos autores. Diante da excepcionalidade da espécie e após análise detida de critérios como condições sociais e econômicas das partes, elevado grau de culpa da ré, gravidade da ofensa, sofrimento dos autores e desestímulo à reincidência, o valor fixado para cada autor (R\$ 1.000.000,00) deve ser reduzido, não em valores numéricos, mas apenas para determinar que a correção se opere a partir desta decisão. Os valores fixados a título de pensões alimentícias devem ser alterados. De acordo com os critérios de prudência e moderação, as pensões mensais são arbitradas em 10 (dez) salários-mínimos para Cicero, 10 (dez) salários-mínimos para Betina e 5 (cinco) salários-mínimos para Juvelina. A não inclusão da décima terceira parcela nas pensões mensais fundou-se no conjunto fático-probatórios dos autos, cuja alteração esbarra na Súmula 7/STJ. Recurso especial da Bridgestone conhecido e parcialmente provido; recurso especial de Juvelina conhecido e parcialmente provido; recurso especial de Cicero e de Betina não conhecido" (STJ, REsp 1036485/SC, 3.ª T., j. 18.12.2008, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 05.03.2009).

297. Assim observa igualmente: PINTO MONTEIRO. *Cláusula penal e indenização*, p. 663.

repetições em indefinidas vezes gera sensível prejuízo a grupos ou espaços supraindividuais como a comunidade, o mercado, os consumidores, dentre outros, dá causa à necessidade de readequar a possibilidade de indenização também a estes danos.

Examinando o fenômeno, Antônio Junqueira de Azevedo denominou o que considera ser uma nova categoria de danos indenizáveis, os *danos sociais*. A indenização destes danos, de sua vez, tem em vista não a simples majoração eventual do *quantum indenizatório*, em vista da intensidade da culpa ou simplesmente em razão da capacidade econômica do ofensor, mas sim a fixação de uma indenização não em vista de punição, e sim de prevenção. Ensina, então que “a pena tem em vista um fato passado, enquanto que o valor de desestímulo tem em vista um comportamento futuro”.²⁹⁸ Neste sentido, sustenta que os danos sociais, porquanto afetam a sociedade, causando lesões no seu nível de vida, são causa de indenização punitiva, por dolo ou culpa grave, e de indenização dissuasória, se decorrerem de atos de pessoa jurídica, que tragam uma queda na qualidade de vida da população.²⁹⁹

É certo que a sustentação de funções dissuasórias ou punitivas à indenização enfrenta uma série de críticas em nosso sistema, dentre as quais, a mais comum remete à constatação de que se trata de uma importação indevida de soluções jurisprudenciais do direito norte-americano e, portanto, desvinculadas de nossa experiência jurídica.³⁰⁰ Todavia, não se desconhecem situações em que, por expressa consagração jurisprudencial, sobretudo em se tratando de danos morais ou extrapatrimoniais, os critérios usualmente adotados para configuração da função punitiva da indenização,³⁰¹ como o grau de culpa do ofensor, a repercussão

298. AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et alli. *O Código Civil e sua interdisciplinariedade. Os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 370-377.

299. AZEVEDO. Por uma nova categoria de dano..., p. 376.

300. Neste sentido posicionam-se: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. As punitive damages no direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 28, p. 15-32. Brasília: CEJ, jan.-mar. 2005. Em sentido contrário, veja-se, dentre outros, a sólida argumentação de: FREITAS FILHO, Roberto. LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 87, p. 93 e ss. São Paulo: RT, mai.-jun./2013.

301. “Apelação cível. Recurso adesivo. Responsabilidade civil. Direito do consumidor. Acidente de consumo. Estilhaçamento de vidro de azeitonas ao abrir. Danos material, moral e estético. Indenização devida. Tratando-se de relação de consumo, é objetiva a responsabilidade do fornecedor – no caso a importadora – pelo fato do produto que não oferece a segurança que dele se espera, a ela incumbindo o ônus de demonstrar que não colocou o produto no mercado, a inexistência de defeito do produto ou a culpa exclusiva do consumidor (artigos 6.º, VIII, e 12, § 3.º, do CDC). Responde, assim, a empresa importadora das azeitonas consumidas pelo autor, pelo estouro do frasco, causando corte profundo e cicatriz no consumidor. Incabível a aplicação da multa prevista no artigo 1.538 do CCB/1916 em matéria de responsabilidade por ilícito civil. Os danos materiais não se presumem, sendo impositiva sua comprovação (artigo 333, I, do CPC), não bastando, para tal, meras alegações. Perda de movimentos não comprovada pelo autor e, via de consequência, não demonstrada a necessidade de tratamento, no particular. Evidenciada a necessidade de cirurgia estética reparadora, contudo, defere-se a indenização material atinente ao tratamento que deverá ser realizado, a ser apurada em liquidação de sentença. As reparações por danos estético e moral, mesmo entendido aquele como corolário deste, podem ser cumuladas, ainda quando derivados de um mesmo fato, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado. Arbitramento de verba autônoma para o dano estético comprovado, levando em consideração tanto o caráter compensatório como o caráter inibitório-punitivo da indenização. Apelação parcialmente provida, desprovido o recurso

do dano e a necessidade de desestímulo na repetição da conduta, são adotados para o fim de quantificar a indenização.³⁰²

Em direito do consumidor, entretanto, a par das discussões sobre o cabimento da função punitiva ou satisfativa³⁰³ da indenização em direito privado, parece estar consagrada, via artigo 6.º, VI, do CDC, uma função preventiva da indenização. Isto porque, ao estabelecer como direito básico do consumidor a prevenção de danos, o CDC não confina esta prevenção a providências materiais de diminuição ou eliminação de riscos de produtos e serviços no mercado de consumo, o que pela lógica seria objetivo impossível de ser alcançado.

A prevenção de danos prevista no artigo 6.º, VI, do CDC, dada a eficácia irradiante das normas relativas aos direitos básicos do consumidor, é fundamento para, no âmbito das ações de responsabilidade civil, a tarefa de fixação do *quantum* indenizatório considere igualmente esta função de desestímulo. Não são poucos os exemplos de danos de massa que, sendo cometidos a milhares de consumidores, não adquirem uma repercussão patrimonial individual que estimule o consumidor a demandar ressarcimento. Contudo, considerada a soma destes pequenos danos individuais, chega-se a valores de grande vulto. A solução tradicional, via indenização de caráter ressarcitório, permitiria ao fornecedor que comete o ilícito a planejar e mensurar o risco mais alto na hipótese de insucesso, que é a devolução dos valores cobrados indevidamente, no máximo em dobro,³⁰⁴ ou a reparação dos danos causados. Em certo sentido, esta visão tradicional pode servir inclusive de estímulo à atuação ilícita ou abusiva do fornecedor, porquanto este verifique que nem todos os consumidores perceberiam o prejuízo sofrido, e dentre estes, um número ainda menor levaria adiante pretensão indenizatória contra o fornecedor. Daí porque a adoção de uma função preventiva da indenização responde a tais situações,³⁰⁵ ainda que, na prática, sua utilidade seja mais bem percebida em relação à indenização dos danos morais ou extrapatrimoniais, nos quais a falta de um critério de mensuração da indenização dá a chance de aplicação concreta da função preventiva, via majoração, a este título, das indenizações fixadas. Em relação aos danos patrimoniais, todavia, a adoção da função preventiva da indenização, mesmo em se tratando de relação de consumo, é observada com reservas, em vista da existência de um critério explícito para mensuração do *quantum* indenizatório, que é o valor da perda economicamente avaliável do consumidor.

adesivo" (TJRS, 9.ª Câm. Civ., ApCiv 70.005.093.257, j. 17.12.2003, rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano).

302. SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: RT, 2009. p. 189.
303. A expressão satisfativa aqui adotada no sentido de punição, em vista da satisfação da vítima em vista do seu senso de justiça, pela imposição de indenização gravosa ao ofensor. Neste sentido a lição de Bernd-Rudiger Kern, ao referir que a jurisprudência alemã procura não admitir expressamente a natureza punitiva, sobretudo da indenização por danos pessoais, em razão de possível semelhança reconhecida com a pena criminal. Contudo, ao apontar um alegado caráter satisfativo, na hipótese da indenização por danos pessoais não há como deixar de reconhecer um significado punitivo. KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal. Um elemento penal na satisfação do dano?. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33. São Paulo: RT, jan.-mar. 2000. p. 9-32.
304. CARVALHO DE ALMEIDA. Luiz Cláudio. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 54, p. 161-172. São Paulo: RT, abr.-jun. 2005.
305. Assim no direito francês, veja-se a tese de Guégan-Lécuyer, assinalando a necessidade de um direito especializado, com instrumentos processuais e respostas específicas para a indenização dos danos de massa: GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. *Dommages de masse et responsabilité civile*. Paris: LGDJ, 2006. p. 450 et seq.

O microsistema do CDC, ao estabelecer o direito à prevenção de danos, adota em nosso entendimento, uma nova função preventiva para indenização, cuja finalidade de desestímulo à repetição da conduta deve ser mensurada pelo juiz, no caso concreto visando à promoção do direito básico do consumidor previsto no artigo 6.º, VI, do CDC.

3.4.2 Desconsideração da personalidade jurídica

A razão do surgimento e da existência, nos contornos atuais, da pessoa jurídica, é além da constituição de uma formação orgânica para realização de uma atividade, a separação entre a pessoa dos que a constituem e sua própria personalidade. O princípio da separação da pessoa jurídica da pessoa de seus sócios ou constituintes (*societas distat a singuli*), comporta dois aspectos: a separação *subjéctiva* da pessoa jurídica, pela qual sua personalidade não se confunde com a de seus sócios; e a separação *objectiva*, segundo a qual não se confundem o patrimônio da pessoa jurídica e o de seus sócios. Estas características, ao tempo em que auxiliavam, e mesmo estimulavam o desenvolvimento da atividade econômica, uma vez que limitavam os riscos de quem se dispunha a empreender e para tanto constituía uma pessoa jurídica, por outro lado, deu ensejo a diversas espécies de abusos, ou seja, de mau uso ou irregularidades realizadas pelos sócios e administradores.

Diante desta situação, mediante desenvolvimento da jurisprudência norte-americana por intermédio da via especial da *equity*,³⁰⁶ e sistematizada no direito alemão por Rolf Serick, tem origem tese na qual passa-se a admitir a hipótese de responsabilização dos sócios e administradores pelas obrigações assumidas pela sociedade, afastando a limitação porventura existente em seus atos constitutivos, quando houver abuso ou fraude no exercício da atividade da pessoa jurídica.³⁰⁷ É a origem da *disregard of legal entity*, ou simplesmente teoria da *desconsideração da personalidade jurídica*.

No direito brasileiro, o artigo de Rubens Requião, de 1969,³⁰⁸ introduz a teoria aos debates jurídicos, sendo logo admitida na jurisprudência com vista à solução para permitir a responsabilização dos sócios de pessoas jurídicas que tenham agido de má-fé em prejuízo da própria sociedade ou de terceiros. Passou então, a merecer larga acolhida em nosso direito, sem ter sido, entretanto positivada durante pelo menos duas décadas. A previsão normativa da desconsideração da personalidade jurídica só foi realizada, em direito privado, pelo CDC em 1990 que em seu artigo 28 determinou sua possibilidade quando em benefício do consumidor.³⁰⁹ Mais recentemente o artigo 50 do CC também previu a hipótese de desconsideração da personalidade

306. DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica en el derecho privado*. 2. ed. Buenos Aires: DePalma, 1991. p. 134 et seq; AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Ajuris*, n. 58. Porto Alegre, p. 69-84; MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM, *Comentários...*, p. 441.

307. Na tradução italiana: SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milão: Giuffrè, 1966. De grande importância, igualmente, foi o estudo, no direito italiano, de: VERRUCOLI, Piero. *Il superamento de la personalità giuridica della società di capitali nella "Common Law" e nella "Civil Law"*. Milano: Giuffrè, 1964.

308. REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *RT*, v. 410, 1969, p. 12.

309. Em outras disciplinas jurídicas, já estavam presentes, no direito brasileiro, normas que, de certo modo, buscavam alcançar os efeitos da *disregard doctrine*, com a responsabilização dos sócios e administradores em relação a certas espécies de obrigação, como é o caso do artigo 2.º, § 2.º, da CLT,

jurídica. Ambas as normas, contudo, não coincidem em seus pressupostos e efeitos, razão pela qual passamos a examiná-las.

3.4.2.1 A desconsideração da personalidade jurídica no direito civil

Na origem da desconsideração da personalidade jurídica, anterior mesmo à existência como tal do direito do consumidor, está a possibilidade de responsabilização direta dos sócios e administradores da sociedade quando houver, de acordo com a jurisprudência brasileira, *confusão patrimonial* ou *desvio de finalidade*. Neste sentido, refere o artigo 50 do CC: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Segue a desconsideração da personalidade jurídica, no regime do direito civil, o entendimento da teoria quando de sua recepção no Brasil, exigindo-se para que tenha lugar a limitação imposta pela pessoa jurídica, que tenha havido por parte dos sócios ou administradores confusão patrimonial ou desvio de finalidade. Embora a norma não explicita, é majoritário o entendimento de que tais situações abrangem a motivação geralmente dolosa dos beneficiários. Daí porque se vai exigir, como regra para o deferimento da desconsideração, a existência de má-fé através de fraude ou atos abusivos³¹⁰ de parte dos sócios ou administradores.

A doutrina mais recente, contudo, vem sustentando a necessidade de certa objetivação das hipóteses que autorizam a desconsideração em direito comum, sustentando a necessidade apenas da realização material do resultado concreto da confusão patrimonial ou desvio de finalidade, sem a necessidade de demonstração cabal da atuação dolosa dos sócios e administradores.³¹¹ Pode surgir assim, como mera eficácia de lei, sem vinculação necessária com abuso ou fraude.³¹² Entretanto, permanece sustentado por boa parte da doutrina em direito civil, a adoção da teoria subjetiva da desconsideração, ou seja, da exigência da culpa ou dolo como pressuposto da desconsideração da personalidade jurídica, sobretudo em face do caráter excepcional de que se reveste esta providência.³¹³

Note-se, contudo, que nos termos estabelecidos pelo artigo 50 do CC, a desconsideração da pessoa jurídica tem como pressuposto de fato a necessidade de demonstração do desvio de finalidade ou confusão patrimonial, circunstâncias cuja prova é ônus do demandante que postula a desconsideração. Daí porque este regime irá diferir bastante daquele estabelecido no CDC,

os artigos 134, *caput*, e VII, e 135, III, do CTN, assim como o artigo 116 da Lei das Sociedades Anônimas, Lei 6404/76.

310. TEPEDINO/BODIN DE MORAES/BARBOSA. *Código Civil interpretado conforme a Constituição*, t. I, p. 128-129.
311. XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no Código Civil de 2002. *Revista de direito privado*, n. 10, p. 77, abr.-jun. 2002.
312. Conforme: COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 284.
313. Assim: COELHO, Fábio Ulhôa. *Curso de direito comercial*, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 44. Em sua monografia específica sobre o tema observa o professor paulista fazia referência à possibilidade de desconsideração, independente da existência de abuso ou fraude à lei, somente mediante expressa previsão legislativa. COELHO, Fábio Ulhôa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989, p. 63.

cuja diretriz básica orienta-se no sentido da proteção dos interesses legítimos do consumidor, o que induzirá à ampliação das possibilidades de ressarcimento de eventuais prejuízos decorrentes das relações de consumo.

3.4.2.2 A descon sideração da personalidade jurídica no CDC

A descon sideração da personalidade jurídica é prevista no artigo 28 do CDC com duas funções básicas: de sanção pelo uso da pessoa jurídica para prática de atos ilícitos genericamente considerados; e como garantia do consumidor ao ressarcimento de seus prejuízos.³¹⁴ O artigo 28 do CDC estabelece uma larga relação de hipóteses³¹⁵ que autorizam a descon sideração da personalidade jurídica, referindo o *caput*: “O juiz poderá descon siderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A descon sideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

As hipóteses estabelecidas no *caput* do artigo 28, primeira parte, têm como característica comum a ilicitude ou irregularidade da conduta do fornecedor. Já no que diz respeito à segunda parte do dispositivo, as hipóteses de falência, insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica não importam na descon sideração de *per se*. Ao contrário, apenas importam na descon sideração quando tais circunstâncias decorram diretamente de má-administração. A dificuldade prática reside justamente em precisar no que consiste o significado de *má-administração*. Um primeiro entendimento vai sustentar que má-administração equivale à gestão dos negócios da sociedade mediante fraude ou má-fé.³¹⁶ Por outro lado, há os que vão defender a noção, como espécie de atos de gerência incompetente dos sócios ou administradores que deem causa à extinção da pessoa jurídica.³¹⁷

314. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista da AJURIS*, n. 52, p. 167-187. Porto Alegre, jul. 1991.

315. Em que pese o esforço do legislador brasileiro, é reconhecido na doutrina especializada a impossibilidade de previsão exaustiva das hipóteses de abuso da personalidade jurídica, razão pela qual aquelas que foram expressamente mencionadas devem ser vislumbradas como meramente exemplificativas. Neste sentido, veja-se: FRANCESCHELLI, Vincenzo; LEHMANN, Michael. *Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale*. In: *Responsabilità limitata e gruppi di società*. Milano: Giuffrè, 1987.

316. “Responsabilidade civil. Naufrágio da embarcação ‘Bateau Mouche IV’. Ilegitimidade de parte passiva ad causam. Sócios. Teoria da descon sideração da personalidade jurídica. Danos materiais. Pensionamento decorrente do falecimento de menor que não trabalhava. 1. Arguições de ilegitimidade de parte passiva e imputações recíprocas dos réus acerca da responsabilidade pelo trágico evento. Em sede de recurso especial não é dado rediscutir as bases empíricas da lide definidas pelas instâncias ordinárias. Incidência da Súmula 7 do STJ. 2. Acolhimento da teoria da “descon sideração da personalidade jurídica”. O juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros. 3. Reconhecido que a vítima menor com seis anos de idade não exercia atividade laborativa e que a sua família possui razoáveis recursos financeiros, os autores – pai e irmã – não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão somente, nesse ponto, aos danos morais fixados. Recurso Especial interposto por Ramon Rodriguez Crespo e outros não conhecido; Recurso da União conhecido, em parte, e provido” (STJ, REsp 158.051/RJ, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 12.04.1999, p. 159).

317. Assim: AMARO, Luciano. *Descon sideração da pessoa jurídica...*, p. 80.

Não é desconhecido que o alcance da expressão má-administração, nesta segunda parte do artigo 28, *caput*, é essencial para circunscrever os limites da responsabilidade dos sócios e administradores. O primeiro entendimento, exigindo a má-fé, fixa o mesmo sentido do que a primeira parte do dispositivo, referindo-se à necessidade de reprovação jurídica da conduta dos sócios e administradores. Já a exigência de simples incompetência administrativa abre a possibilidade de desconsideração, via interpretação extensiva, a qualquer espécie de falência ou estado de insolvência uma vez que é de se pressupor que, racionalmente, a consecução da finalidade lucrativa das sociedades não é alcançada em vista de falta de conhecimento ou competência na administração do negócio. Da mesma forma, embora não seja reprovável sob o aspecto jurídico como a má-fé, a demonstração do que seria incompetência administrativa do sócio ou administrador, e sua vinculação como causa da falência ou insolvência do fornecedor, é prova de difícil produção.

Uma vez deferida a desconsideração da personalidade jurídica, contudo, é desnecessária a citação dos sócios atingidos, uma vez que se trata de incidente processual nos mesmos autos da execução, cabendo aos sócios oporem defesa mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade, conforme o caso.³¹⁸ A eficácia da desconsideração

318. "Direito civil e do consumidor. Desconsideração da personalidade jurídica. Pressupostos processuais e materiais. Observância. Citação dos sócios em prejuízo de quem foi decretada a desconsideração. Desnecessidade. Ampla defesa e contraditório garantidos com a intimação da constrição. Impugnação ao cumprimento de sentença. Via adequada para a discussão acerca do cabimento da *disregard*. Relação de consumo. Espaço próprio para a incidência da teoria menor da desconsideração. Artigo 28, § 5.º, CDC. Precedentes. 1. A desconsideração da personalidade jurídica é instrumento afeto a situações limítrofes, nas quais a má-fé, o abuso da personalidade jurídica ou instrumento patrimonial estão revelados, circunstâncias que reclamam, a toda evidência, providência expedida por parte do Judiciário. Com efeito, exigir o amplo e prévio contraditório em ação de conhecimento própria para tal mister, no mais das vezes, redundaria em esvaziamento do instituto nobre. 2. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente, razão pela qual pode ser deferida nos próprios autos, dispensando-se também a citação dos sócios, em desfavor de quem foi superada a pessoa jurídica, bastando a defesa apresentada a posteriori, mediante embargos, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade. 3. Assim, não prospera a tese segundo a qual não seria cabível, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a discussão acerca da validade da desconsideração da personalidade jurídica. Em realidade, se no caso concreto e no campo do direito material fosse descabida a aplicação da *Disregard Doctrine*, estar-se-ia diante de ilegitimidade passiva para responder pelo débito, insurgência apreciável na via da impugnação, consoante artigo 475-L, inciso IV. Ainda que assim não fosse, poder-se-ia cogitar de oposição de exceção de pré-executividade, a qual, segundo entendimento de doutrina autorizada, não só foi mantida, como ganhou mais relevo a partir da Lei 11.232/2005. 4. Portanto, não se havendo falar em prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (artigo 475-J do CPC), e sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, afigura-se bastante – quando, no âmbito do direito material, forem detectados os pressupostos autorizadores da medida – a intimação superveniente da penhora dos bens dos ex-sócios, providência que, em concreto, foi realizada. 5. No caso, percebe-se que a fundamentação para a desconsideração da pessoa jurídica está ancorada em "abuso da personalidade" e na "ausência de bens passíveis de penhora", remetendo o voto condutor às provas e aos documentos carreados aos autos. Nessa circunstância, o entendimento a que chegou o Tribunal a quo, além de ostentar fundamentação consentânea com a jurisprudência da Casa, não pode ser revisto por força da Súmula 7 do STJ. 6. Não fosse por isso, cuidando-se de vínculo de índole consumerista, admite-se, a título de exceção, a utilização da chamada "teoria menor" da desconsideração da personalidade jurídica, a qual se contenta com o estado de insolvência do fornece-

alcança todas as obrigações decorrentes de relação de consumo, como a responsabilidade por acidentes de consumo, vícios do produto ou do serviço, assim como perdas e danos e outras consequências pecuniárias decorrentes do inadimplemento. A desconsideração impõe, neste sentido, a responsabilidade ilimitada dos sócios e administradores pelas obrigações do fornecedor decorrentes de relação de consumo, em vista igualmente da sanção ao comportamento irregular e como garantia do ressarcimento devido, promovendo em última análise, a efetividade do direito do consumidor.

3.4.2.2.1 Grupos societários e sociedades controladas

Além da hipótese geral de desconsideração prevista no artigo 28, *caput*, também nos parágrafos, § 2.º e 3.º são abrangidas as hipóteses de desconsideração em relação às sociedades integrantes de grupos societários e às sociedades controladas. No caso, o § 2.º do artigo 28 estabelece que “as sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código”. Por sociedade integrante de grupo societário entende-se aquelas que se estruturam no regime das sociedades ligadas por vínculo orgânico ou de direção.

Segundo Rafael Manóvil, o que distingue o grupo societário é a *unidade que se lhe reconhece de interesse e direção*.³¹⁹ Já as sociedades controladas têm seu conceito estabelecido pela Lei das Sociedades Anônimas. O artigo 243, § 2.º, da Lei 6.404/76, estabelece sociedade controlada como sendo “a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”.

A este respeito, Fábio Konder Comparato ensina que existem duas espécies de grupos societários, quais sejam: os *fundados em controle societário* e os *fundados em controle contratual*. De acordo com o professor paulista “os grupos econômicos são de duas espécies: grupos de subordinação e de coordenação. Os primeiros apresentam uma estrutura hierárquica, em que uma empresa (individual ou societária, pública ou privada) exerce um poder de dominação, denominado poder de controle, sobre as demais. Nos grupos de coordenação, ao revés não há empresas dominantes e dominadas, mas a coordenação de duas ou mais empresas sob uma mesma direção unitária: são os consórcios”. E prossegue, afirmando que “o poder de controle de uma empresa sobre outra – elemento essencial do grupo de subordinação – consiste no direito de decidir, em última instância, a atividade empresarial de outrem. Normalmente, ele se funda na participação societária de capital, permitindo que o controlador se manifeste na assembleia geral ou reunião de sócios da empresa controlada. Mas pode também ocorrer que essa dominação empresarial se exerça *ab extra*, sem participação de capital de uma empresa em outra e sem que o representante da empresa dominante tenha assento em algum órgão administrativo da empresa subordinada. É o fenômeno do chamado controle externo”.³²⁰ Note-se,

dqr somado à má administração da empresa, ou, ainda, com o fato de a personalidade jurídica representar um “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”, mercê da parte final do *caput* do artigo 28, e seu § 5.º, do Código de Defesa do Consumidor. (...) (STJ, REsp 109.6604/DF, 4.ª T., j. 02.08.2012, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 16.10.2012).

319. MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998. p. 416.
320. COMPARATO, Fábio Konder. Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo:

todavia, que para definir-se grupo econômico, não há necessidade do efetivo exercício do poder de influência de uma sociedade sobre as demais, mas apenas que exista a possibilidade do exercício deste poder.³²¹

Neste caso, havendo circunstância fática ou jurídica que caracterize a existência de grupo societário, e havendo obrigações decorrentes de relações de consumo para os consumidores, resulta aplicável a regra de responsabilidade subsidiária das outras empresas do grupo de que faz parte o fornecedor originariamente responsável. Este caráter apenas subsidiário, e não solidário, da responsabilidade das sociedades controladas mereceu críticas da doutrina especializada.³²²

Destaque-se, contudo, que não há, neste aspecto, necessidade de demonstração de culpa ou dolo dos dirigentes das empresas responsabilizadas subsidiariamente. Basta ao consumidor que não tenha tido seu crédito satisfeito, a demonstração de existência de grupo econômico, devendo ser considerado prova para tal, tanto documentos que atestem formalmente sua existência, até o que é mais comum, a demonstração de características das próprias empresas e suas atividades, que corroborem esta conclusão.

Em ambos os casos, ao prever a responsabilidade subsidiária do grupo societário e das sociedades coligadas, o legislador do CDC não parece estabelecer efeito próprio da desconsideração da personalidade jurídica, senão de *responsabilidade legal subsidiária*,³²³ a ser imputada na hipótese do fornecedor direto, integrante destas estruturas societárias, não puder responder às obrigações decorrentes de relações de consumo.

3.4.2.2.2 Sociedades consorciadas

Já no que diz respeito às sociedades consorciadas, o artigo 28, § 3.º, do CDC estabelece que sua responsabilidade decorrente das obrigações estabelecidas sob o regime desta lei (decorrentes de relação de consumo), serão de responsabilidade solidária entre todas os fornecedores participantes do consórcio. Note-se que a regra estipulada no CDC estabelece uma exceção ao disposto na Lei das Sociedades Anônimas. Isto porque, no regime da Lei 6.404/76, as chamadas sociedades consorciadas não integram pessoa jurídica específica, mas ao contrário, mantêm cada uma sua personalidade jurídica original, não havendo em regra, solidariedade pelas obrigações assumidas. Neste sentido, o artigo 278, § 1.º, da Lei 6.404/76, refere que “o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade.” Deste modo, em face do disposto no CDC, seu artigo 28, § 3.º estabelece exceção à regra fixada na Lei das Sociedades Anônimas, estabelecendo a solidariedade das sociedades consorciadas quando se trate de obrigações derivadas de relações de consumo.

Saraiva, 1990. p. 275.

321. Neste sentido, a lição de: ENGRÁCIA ANTUNES, José. *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 359 et seq.

322. Segundo Genaceia Alberton, em lúcido estudo sobre a desconsideração da pessoa jurídica no CDC, o legislador foi tímido ao estabelecer em caráter subsidiário a responsabilidade das sociedades controladas, uma vez que, em se tratando de subsidiariedade, é impositivo, em um primeiro momento, que se comprove a impossibilidade de pagamento pela devedora principal. ALBERTON, Genaceia da Silva. A desconsideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor. Aspectos processuais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 7. São Paulo: RT, jul.-set. 1993. p. 7-29.

323. No mesmo sentido: AMARO. *Desconsideração da pessoa jurídica*, p. 82-83.

3.4.2.2.3 Sociedades coligadas

Dentre as diversas figuras societárias examinadas em vista da responsabilidade que lhes é imputada no regime do CDC, o artigo 28, § 4.º, do CDC, vai estabelecer, por fim, que em relação às sociedades coligadas, estas só responderão por culpa, restringindo a extensão da responsabilidade que é a tônica das normas de proteção do consumidor. Esta aparente exceção se explica em face do próprio conceito de sociedade coligada. O artigo 243, § 1.º da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), definia ao tempo de edição do CDC, sociedades coligadas como aquelas em que uma delas “participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la”. Esta redação foi alterada pela Lei 11.941/2009, que passou a definir como sociedades coligadas “as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa”. Deste modo, enquanto na redação anterior da norma o conceito de sociedades coligadas derivava apenas da participação do capital igual ou superior a 10%, sem que necessariamente estivesse definido ou formalizado poder de controle ou direção de uma sociedade em outra, a nova redação vigente se filia à corrente de interpretação, no âmbito do direito societário, que sustenta ser qualquer participação relevante que não importe necessariamente subordinação, caracterizada como coligação.³²⁴ Neste caso, não mais importa o percentual desta participação. Esta noção de *influência significativa*, embora formalmente exista autonomia de ação entre as sociedades,³²⁵ indica a existência de poder da sociedade investidora na atividade da outra sociedade coligada. Contudo, ainda são pessoas jurídicas distintas, e tampouco se há de falar em direção ou controle, mas apenas, quando for o caso, influência sobre dadas decisões. Daí porque mantém-se adequada a solução indicada no § 4.º do CDC, de que a responsabilidade de uma delas em relação às obrigações originadas de contratos de consumo ou danos a consumidores, em que a outra tenha atuado como fornecedora, só terá lugar se ficar demonstrada a culpa daquela a quem se deseja estender a responsabilidade, em caráter subsidiário.

3.4.2.2.4 A cláusula geral do artigo 28, § 5.º, do CDC.

Além da extensão das hipóteses de responsabilidade dos sócios e administradores e das sociedades coligadas, consorciadas, controladas ou integrantes do mesmo grupo econômico do fornecedor que seja titular do débito em obrigação havida com o consumidor, o CDC vai prever ainda, disposição de largo campo de aplicação. Esta disposição é abrangente de todas as hipóteses em que, independente da causa, deixe de haver o ressarcimento dos prejuízos do consumidor. Prevê o artigo 28, § 5.º, do CDC: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.”

Em matéria de significado e âmbito de incidência da norma, note-se que o § 5.º, em questão, abrange completamente as hipóteses legais precedentes, previstas no mesmo artigo 28. Ao indicar que sempre poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica quando esta for de alguma forma obstáculo ao ressarcimento, a norma que aparentemente seria subsidiária em relação à aplicação do *caput* e demais parágrafos do artigo 28, assume, em razão do seu conteúdo abrangente, a qualidade de norma principal. O caráter amplo e, de certo modo objetivo, ou ao menos

324. CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 4.º volume, t. II. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

325. Assim, à luz da redação revogada da norma, sustentava SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 280.

independente de culpa, uma vez que abrange todas as hipóteses, presentes ou não a culpa e o dolo, suscita grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Em primeiro lugar, sobre o acerto técnico da norma.

Assim por exemplo, Zelmo Denari, para quem a manutenção do § 5.º em questão deveu-se a um equívoco do Presidente da República, que no momento da promulgação do CDC, ao invés de vetar o dispositivo em questão, por engano terminou vetando o § 1.º do mesmo artigo.³²⁶ Ocorre que, ainda que de fato procedam estas observações, no caso não houve veto, de modo que a disposição está plenamente vigente e aplicável.

Parece-nos que, embora de largueza semântica incomparável, e considerando mesmo que, em termos literais, o § 5 do artigo 28 tem o condão de transformar a exceção em regra, no sentido do afastamento da personalidade jurídica para efeito da responsabilização dos sócios e administradores com relação ao ressarcimento dos prejuízos causados aos consumidores nas relações de consumo, a aplicação prudente do dispositivo pela jurisprudência vem dando ao mesmo o perfil de norma de garantia de ressarcimento de danos.

Neste sentido, é paradigmática a decisão do STJ, relativa à responsabilidade pelos danos decorrentes da explosão do shopping em Osasco/SP. Na defesa das suas posições, houve divergência entre os Ministros Ari Pargendler, defensor da denominada teoria subjetiva da desconsideração (conhecida, por muitos, como *teoria maior*, indicação, contudo, com tendência ao desuso, pela qual esta só tem lugar quando demonstrada o desvio de finalidade ou confusão patrimonial. Entretanto, restou assentado no julgado, em vista do voto condutor da Min. Nancy Andrighi, que defende a aplicação, no microsistema do CDC, a teoria da natureza objetiva da desconsideração (denominada também de *teoria menor*), pela qual “o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica”.³²⁷ A questão,

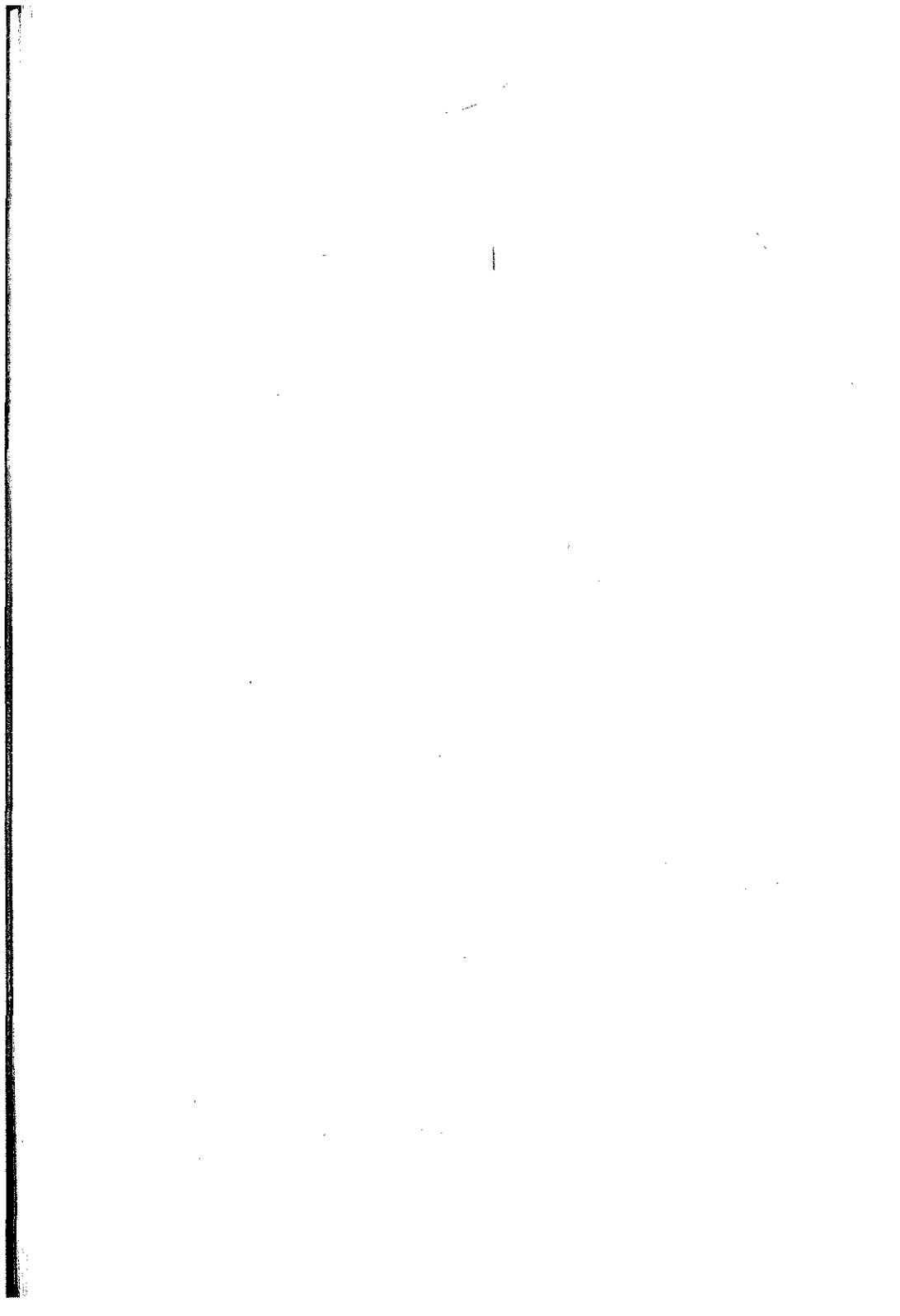
326. DENARI. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 239.

327. “Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Artigo 28, § 5.º. – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. – A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). – A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa

permanece polêmica, mas o STJ vem confirmando em novas decisões, o entendimento já fixado.³²⁸ Observe-se que a aplicação do § 5.º do artigo 28, como fundamento da desconsideração tem sua aplicação circunscrita às circunstâncias do caso concreto, de acordo com a prudência e cautela do juiz, considerando-se seu caráter subsidiário em relação à responsabilidade da própria pessoa jurídica fornecedora, mas ao mesmo tempo de garantia, de acordo com o princípio da confiança, em vista da necessidade de assegurar o direito do consumidor ao ressarcimento integral de seus prejuízos.

jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5.º do artigo 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. – Recursos especiais não conhecidos (STJ, REsp 279.273/SP, j. 04.12.2003, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJU 29.03.2004, p. 230).

328. “Recurso especial. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel proposta contra a construtora e seus sócios. Desconsideração da personalidade jurídica. Artigo 28, *caput* e § 5.º, do CDC. Prejuízo a consumidores. Inatividade da empresa por má administração. 1. Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel movida contra a construtora e seus sócios. 2. Reconhecimento pelas instâncias ordinárias de que, em detrimento das consumidoras demandantes, houve inatividade da pessoa jurídica, decorrente da má administração, circunstância apta, *de per se*, a ensejar a desconsideração, com fundamento no artigo 28, *caput*, do CDC. 3. No contexto das relações de consumo, em atenção ao artigo 28, § 5.º, do CDC, os credores não negociáveis da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando a caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária. 4. Precedente específico desta Corte acerca do tema (REsp 279.273/SP, 3.ª T., rel. Min. Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 29.03.2004). 5. Recurso Especial conhecido e provido” (STJ, REsp 737.000/MG, 3.ª T., j. 01.09.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12.09.2011).



DIREITO PROCESSUAL DO CONSUMIDOR

A proteção do consumidor por intermédio da criação de um microsistema jurídico de fundamento constitucional exigiu que as providências de tutela não apenas ficassem confinadas ao estabelecimento de novos direitos subjetivos, regras contratuais e regimes de responsabilidade. Foi necessária, igualmente, a previsão de normas processuais que assegurassem a efetividade dos direitos tutelados pelo CDC. Contudo, mais do que o estabelecimento de regras processuais relativas ao processo nos quais fosse autor o consumidor em defesa do seu direito, o CDC previu uma série de outros instrumentos e regras especiais,¹ ampliando e modificando, substancialmente, aspectos como a legitimação para agir (artigo 82) e a eficácia da coisa julgada (artigos 103 e 104), estabelecendo dentro do microsistema, regras que fundam a tutela coletiva de direitos, em acréscimo às normas já estabelecidas na Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

Da mesma forma as regras processuais do CDC vão prever novos deveres ao Estado-Juiz na promoção da defesa do consumidor prevista constitucionalmente. Em primeiro lugar, são reconhecidos novos poderes instrutórios, como é exemplo principal a faculdade de inversão do ônus da prova (artigo 6.º, VIII), assim como a previsão de provimentos específicos como os decorrentes da ação visando o cumprimento específico das obrigações de fazer e não fazer, como a imposição de multa diária pelo descumprimento de decisão judicial (*astreintes*, artigo 84, § 4.º) e a autorização para o juiz tomar as providências no sentido do alcance do resultado prático equivalente (artigo 84, § 5.º). Da mesma forma, estabeleceram-se garantias de efetividade da tutela jurisdicional, como a determinação do foro do domicílio do consumidor para as ações de responsabilidade (artigo 101, I),² assim como a vedação da denúncia à lide

1. José Carlos Barbosa Moreira, ao final da década de 1980, vaticinava que “a crescente pressão social no mundo do processo impõe-o ao reajuste dos instrumentos de tutela, ou ao fabrico de novos, para atender de modo conveniente a interesses de relevância cada vez maior, que ultrapassam o nível individual para atender com a vida de comunidades às vezes amplíssimas”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual civil. Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 2.
2. O foro do domicílio do consumidor terá preferência, inclusive, ao do juízo falimentar, conforme já decidiu o STJ: “Conflito negativo de competência. Entidade de previdência privada em liquidação extrajudicial. Ação objetivando devolução de quantia paga e indenização por danos morais. Lei falimentar. Inaplicabilidade, na espécie. Código de Defesa do Consumidor. Incidência. Foro do domicílio do autor. I – Com a edição da Súmula 321 desta Corte, consolidou-se entendimento segundo o qual “o Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”. II – Legítima a opção do beneficiário do plano de previdência privada em litigar no foro do seu domicílio, objetivando a devolução de quantia paga e indenização por danos morais, conforme lhe autoriza o artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do

(artigo 88)³ nestas hipóteses, neste último caso, com fundamento no direito do consumidor de acesso à justiça.⁴ Refira-se ainda o papel ativo do juiz no processo, uma vez que assume também o dever estatal de proteção, sem descuidar de sua imparcialidade no arbítrio do interesse das partes, o que se reconhece, por exemplo, na possibilidade do conhecimento e decretação de ofício, da nulidade de cláusulas abusivas, em vista da ordem pública de proteção do consumidor, assim como o dever de integração do contrato para o preenchimento de eventual lacunas decorrentes das nulidades contratuais pronunciadas.

Para tanto, o CDC vai orientar-se em dois sentidos, prevendo regras para as ações individuais e para as ações coletivas. Igualmente, em muitas providências, vai antecipar alterações do processo civil brasileiro que ocorreram a partir do ciclo de reformas processuais, desde 1994 e que culminam com o novo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, vigente desde março de 2016⁵. O direito do consumidor, neste sentido, vai romper – seguindo tendência sensível do processo civil nos países de sistema romano-germânico⁶ – com a divisão estanque entre regras de direito material e regras de direito processual. A preocupação com a efetividade vai estabelecer uma correspondência eficiente entre o direito subjetivo de proteção do consumidor e a finalidade observada a partir deste direito, com os meios processuais conducentes a este fim. Esta correspondência, antes de um ensaio meramente formal já havido no direito tradicional

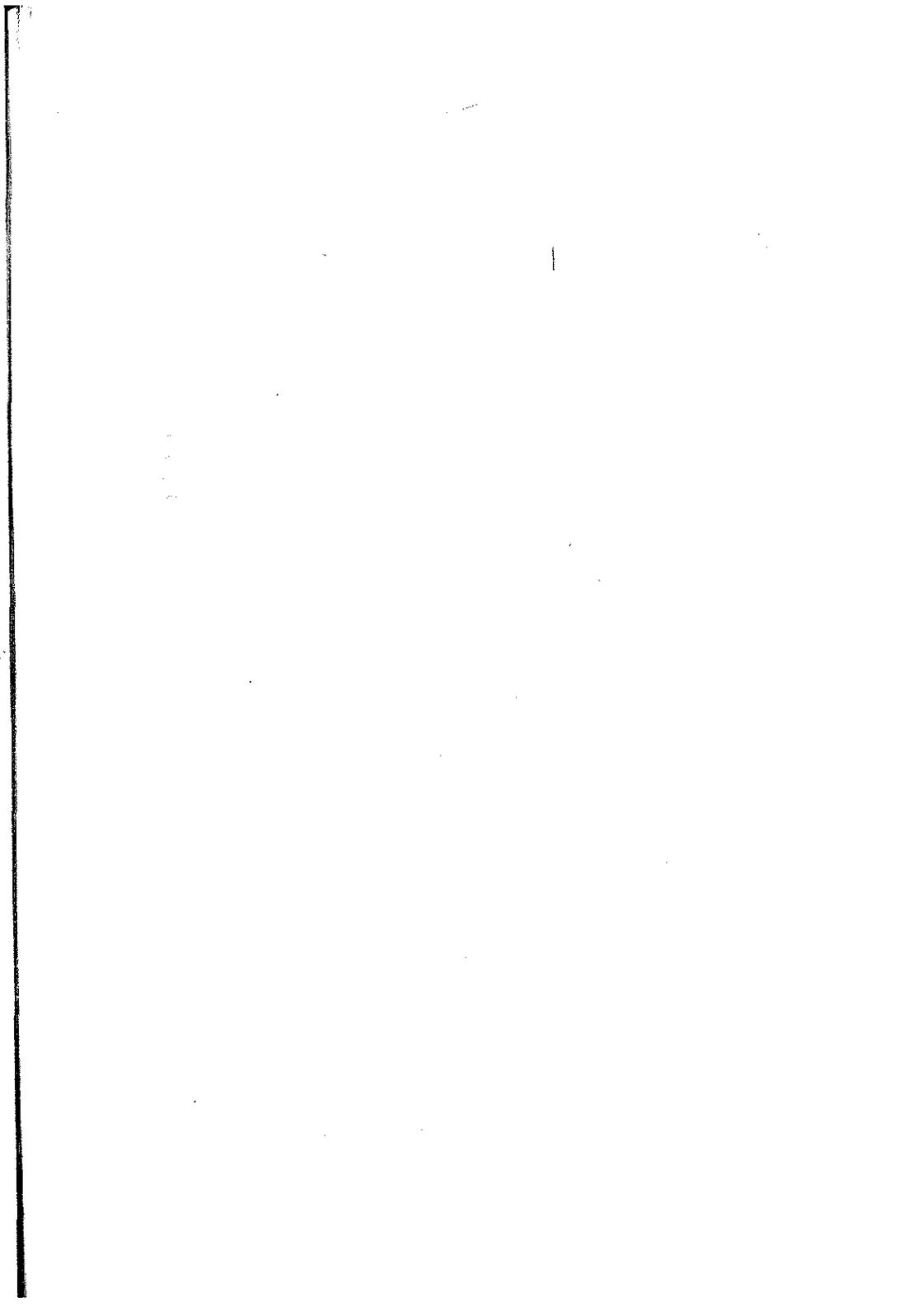
Consumidor. III – Inaplicabilidade, na espécie, do artigo 3.º da Lei n. 11.101/2005, que trata apenas da competência para a homologação da recuperação extrajudicial, deferimento de recuperação judicial e decreto de falência. IV – Conflito conhecido, declarando-se a competência do Juízo da Vara Cível de Arapongas-PR” (STJ, CCComp 102.960/SP, 2.ª Seção, j. 24.06.2009, rel. Min. Paulo Furtado (Des. convocado do TJ/BA), *DJe* 03.08.2009).

3. STJ, AgRg no REsp 1492843/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3.ª Turma, j. 03.02.2015, *DJe* 19.02.2015.
4. “Direito do consumidor. Contrato de seguro de vida inserido em contrato de plano de saúde. Falecimento da segurada. Recebimento da quantia acordada. Operadora do plano de saúde. Legitimidade passiva para a causa. Princípio da boa-fé objetiva. Quebra de confiança. Denúnciação da lide. Fundamentos inatacados. Direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. Valor da indenização a título de danos morais. Ausência de exagero. Litigância de má-fé. Reexame de provas. – Os princípios da boa-fé e da confiança protegem as expectativas do consumidor a respeito do contrato de consumo. – A operadora de plano de saúde, não obstante figurar como estipulante no contrato de seguro de vida inserido no contrato de plano de saúde, responde pelo pagamento da quantia acordada para a hipótese de falecimento do segurado se criou, no segurado e nos beneficiários do seguro, a legítima expectativa de ela, operadora, ser responsável por esse pagamento. – A vedação de denúnciação da lide subsiste perante a ausência de impugnação à fundamentação do acórdão recorrido e os direitos básicos do consumidor de acesso à Justiça e de facilitação da defesa de seus direitos. – Observados, na espécie, os fatos do processo e a finalidade pedagógica da indenização por danos morais (de maneira a impedir a reiteração de prática de ato socialmente reprovável), não se mostra elevado o valor fixado na origem. – O afastamento da aplicação da pena por litigância de má-fé necessitaria de revolvimento do conteúdo fático-probatório do processo. Recurso especial não conhecido” (STJ, 3.ª T. j. 07.12.2004, REsp 590.336/SC, rel. Min. Nancy Andrighi, *DJU* 21.02.2005, p. 175).
5. Veja-se o estudo de DINAMARCO, Cândido. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de processo*, v. 247. São Paulo: RT, set./2015, p. 63-103. Com uma visão otimista sobre a repercussão do CPC/2015 para a efetividade do direito do consumidor: BORGES, Gustavo. O consumidor, o novo CPC e a efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de direito do consumidor*, v. 102. São Paulo: RT, out.-dez./2015.
6. TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparativos. *Revista do Processo*, v. 1. São Paulo: RT, jul.-set. 1990, p. 59-72.

sob a célebre disposição de que "a todo o direito corresponde uma ação que o assegura", passa a vincular direito material e os meios processuais conducentes a sua eficácia, com instrumentos inspirados pela efetivação dos direitos, combinando o reforço dos poderes do juiz, a celeridade e a utilidade da prestação jurisdicional.

Em matéria de tutela coletiva de direitos, o CDC vai determinar na lei, em primeiro lugar, as categorias de direitos que serão objeto da tutela coletiva. É o caso dos *direitos e interesses difusos, coletivos e os individuais homogêneos*. A possibilidade de tutela, em uma só ação, de direitos e interesses vinculados entre si em razão de sua origem comum ou em decorrência de um mesmo fato jurídico, ou ainda em face de sua natureza comum, revela-se como instrumento de grande utilidade em vista das características dos litígios entre consumidores e fornecedores no mercado de consumo.

Daí porque, em vista destes novos instrumentos e da *releitura* e ampliação da eficácia de conceitos processuais tradicionais como a *legitimação para agir* e a *coisa julgada*, o regramento processual do CDC opera grandes transformações no processo civil brasileiro, em especial no que se refere à tutela coletiva de direitos, cujas disposições do CDC, por força do disposto em seu artigo 117, aplicam-se indistintamente à tutela de todos os interesses e direitos difusos e coletivos.



TUTELA PROCESSUAL DO CONSUMIDOR

1

SUMÁRIO: 1.1 Noções introdutórias – 1.2 Estágio atual do processo civil brasileiro e sua repercussão no direito do consumidor: O Código de Processo Civil de 2015 – 1.3 Dimensão processual dos direitos básicos do consumidor: 1.3.1 Acesso à justiça: 1.3.2 Facilitação da defesa e inversão do ônus da prova – 1.3.3 Efetividade do processo.

A tutela processual do consumidor, a par das disposições gerais aplicáveis a todo o processo civil estabelecidas pelo Código de Processo Civil (diálogo sistemático de coerência), divide-se no CDC entre normas visando a tutela individual e a tutela coletiva dos direitos do consumidor. De fato, entretanto, há um inegável privilégio em termos de inovação legislativa, com relação às ações coletivas, visando a proteção do direito dos consumidores. A razão disto parece estar vinculada ao fato de que à época da edição do Código, vivia-se um momento de grande destaque destes instrumentos de tutela coletiva, seja pela vigência da Lei da Ação Civil Pública, desde 1985, ou mesmo pelo fato da Constituição de 1988 ter reforçado as funções institucionais do Ministério Público (artigo 129 da Constituição), prevendo dentre estas sua legitimação para promoção de ação civil pública na tutela de direitos difusos e coletivos (artigo 129, III), assim como de outras funções que lhe sejam indicadas em lei (artigo 129, IX).

Da mesma forma, não passaram despercebidos do legislador os traços característicos das relações de consumo e dos litígios decorrentes. Segundo ensinam Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, “o legislador claramente percebeu que, na solução dos conflitos que nascem das relações geradas pela economia de massa, quando essencialmente de natureza coletiva, o processo deve operar também como instrumento de mediação de conflitos sociais neles envolvidos, e não apenas como instrumento de solução de lides”. Entretanto assinalam os eminentes processualistas, “essa preocupação pelas demandas coletivas de forma alguma significa desprezo pelas ações individuais”.¹ Neste sentido, previu o legislador a instituição de Juizados Especiais Cíveis como instrumento no âmbito da Política Nacional das Relações de Consumo (artigo 5.º, IV, do CDC), assim como a aplicação das regras do Código de Processo Civil, naquilo que as normas do microsistema de defesa do consumidor não estabeleceu em caráter específico (e.g. a faculdade de inversão do ônus da prova).

1. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 787-788.

A vocação para a tutela coletiva do CDC, assim, se dá basicamente em vista da repercussão que, em uma sociedade de consumo de massas, passa a ser observada pela atuação negocial do fornecedor, não apenas em vista a um consumidor especificamente considerado, mas a partir de um comportamento orientado para o mercado. As consequências desta atuação e, portanto, as eventuais violações de direito dela decorrentes têm a potencialidade de atingir a todo um grupo de consumidores que tenham estabelecido relações efetivas com o fornecedor, assim como a toda a sociedade, que embora não tenha sido parte de uma relação de consumo individualmente considerada, está exposta à conduta violadora dos preceitos estabelecidos pelo CDC.

Nesta distinção aparecem os dois grandes grupos de interesses objeto da tutela coletiva em direito do consumidor: dos *direitos transindividuais*, distinguidos em direitos difusos e coletivos, e dos *direitos individuais homogêneos*. Na primeira espécie, embora sejam titulares pessoas indeterminadas, por vezes todas as pessoas, seu traço distintivo é que o bem da vida de que se componham estes direitos não poderá ser repartido entre todos estes titulares em face de uma impossibilidade prática de fazê-lo (por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio). Esta característica da transindividualidade, pois, faz com embora passíveis de proteção coletiva mediante representação judicial de todos os titulares, segundo expressa previsão legal, a fruição da finalidade pretendida pela tutela não tem como se dar em caráter individual. Já nos direitos individuais homogêneos, a titularidade do direito é individual, podendo ser mensurada e aproveitada de modo distinto por cada um dos seus titulares. Porém, em face da origem comum destes direitos, o traço de homogeneidade faz com que a demonstração da existência do direito em favor de um dos titulares seja a mesma em relação a todos os demais. Por esta razão, em vista da economia processual, assim como a facilitação da tutela destes direitos por quem não tenha condições fáticas, ou mesmo quando sua postulação a título individual não seja vantajosa em vista da dimensão do dano (relação de custo-benefício), os efeitos da decisão prolatada em sede de ação coletiva para tutela destes direitos aproveitará a todos os demais.

Contudo, não se retira do titular do direito a possibilidade de reclamá-lo individualmente quando for de seu interesse. Por esta razão, no que se refere aos direitos individuais homogêneos, o modelo de legitimação previsto no CDC admite a convivência entre a legitimação ativa de diversos órgãos e pessoas em representação do titular do direito, assim como que este demande em nome próprio, quando entender conveniente, variando no caso, apenas, a eficácia da coisa julgada produzida na demanda coletiva, ao que se denomina *legitimação concorrente disjuntiva*.

Daí porque se vai justificar também, do amplo número de titulares dos direitos violados, que estes sejam representados pelas pessoas ou órgãos a quem se confira legitimidade ativa, assim como se estabeleça a extensão dos efeitos do julgado a todos os interessados. O fundamento desta legitimação ativa para representação de direitos alheios, que historicamente vinculou-se, primeiro, à necessidade de consentimento dos representados, com exigência do elemento volitivo no exercício do direito de ação, em um segundo momento passou a ser admitida também em vista do critério de comunhão de interesses dos diversos indivíduos, permitindo também a tutela coletiva de direitos individuais.²

No que se refere às ações individuais, o CDC, além da previsão das ações de responsabilidade, permitiu a possibilidade de medidas visando a efetivação das normas de proteção do consumidor por via da adoção de providências que assegurem seu resultado prático,³ cuja eficácia vincula-se não apenas com a indenização do dano eventualmente causado, mas com a

2. LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1998. p. 35.

3. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: RT, 2004. p. 329.

possibilidade de evitá-lo. Da mesma forma, determinou a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, em virtude da hipossuficiência ou do juízo de verossimilhança das alegações, o que a prática judicial vem demonstrando ser o instrumento mais importante de facilitação da tutela do direito do consumidor em juízo.

Contudo, independentemente da espécie de tutela processual prevista, se individual ou coletiva, constitui traço comum entre ambas, decorrente de expressa previsão normativa do CDC, a proteção de direitos processuais do consumidor, os quais se traçam, no processo civil, como espécies de "garantias especiais" do consumidor no litígio. A previsão de tais direitos de índole exclusivamente processual, de sua vez, tem como objetivo inequívoco assegurar a efetividade das normas de proteção do consumidor previstas no Código, por intermédio da garantia de efetividade do processo, como instrumento apto para alcançar-se o resultado concreto de satisfação das pretensões legítimas veiculadas por intermédio de ação judicial.

1.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

A influência do liberalismo e do individualismo jurídico do século XIX sobre o processo civil estabeleceu nas bases deste, a premissa da igualdade formal, identificando a relação processual como uma relação estabelecida pelo binômio *igualdade das partes e neutralidade do juízo*. Esta verdadeira ideologia do processo derivava igualmente da preocupação básica do racionalismo jurídico fundador da ciência jurídica moderna, da busca de certeza do direito como pressuposto básico para garantia e realização do valor segurança jurídica em relação a seus membros.⁴ Apenas com a evolução do direito no século XX e a valorização do elemento efetividade do direito, a noção de igualdade processual acompanha a releitura do princípio da igualdade nos amplos campos da ciência jurídica para entender que por igualdade do processo também se deve ter em conta a definição aristotélica de *tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade*.⁵ Neste momento é que o juiz passa a ter um papel decisivo na efetivação dos direitos em jogo, por intermédio da própria efetivação da prestação jurisdicional, de modo à produção de uma decisão justa. O significado de igualdade processual neste sentido se transforma, para adotar o que Ada Pellegrini Grinover denomina de significado social do princípio,⁶ pelo qual a previsão de novos instrumentos de tutela de direitos e a determinação de um papel mais ativo do juiz no sentido de colocar a parte vulnerável em condições de paridade com a parte mais fraca, reequilibrando uma relação processual desigual pela diferença de meios econômicos ou sociais das partes.

Por outro lado, como já referimos, a gradativa alteração de perfil dos conflitos decorrentes das relações na sociedade do consumo de massas vai estabelecer uma releitura, não apenas no direito do consumidor, senão em toda ciência processual, sobre a função do processo civil e a necessidade de adequação dos instrumentos processuais orientados à realização do direito material.⁷

4. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: RT, 1997. p. 103.
5. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: RT, 1996.
6. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas tendências do direito processual*: de acordo com a Constituição de 1988. São Paulo: Forense Universitária, 1990. p. 11.
7. Dentre outros: CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil*, v. I. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 369; FAZZALARI, Elio. *Note in tema*

Em direito do consumidor, a garantia, por intermédio das normas do microsistema do CDC, de direitos das partes específicos em relação ao processo, assim como a indicação ao juiz de uma função de participação ativa no processo,⁸ indicando o procedimento, determinando a produção de provas, promovendo os provimentos antecipatórios ou pronunciando *ex officio* as nulidades de direito material (cláusulas contratuais abusivas), ao tempo em que realiza a integração do contrato (artigo 52, § 2.º, do CDC), são manifestações desta nova visão do processo em litígios envolvendo as relações de consumo. O juiz passa a considerar não apenas as questões de direito material ou aspectos procedimentais do litígio indicados no processo, senão também que se inclina na identificação das partes, sua desigualdade de posições jurídicas e o dever de, na condição de representante do Estado-juiz, também empreender os esforços com vista à realização do direito e a efetividade da tutela legal do consumidor.

Isto não significa, pondere-se, a perda da imparcialidade judicial. Isto porque, por maiores que sejam as providências – fundadas na lei – adotadas em vista da realização da tutela dos consumidores, a decisão do processo sempre virá em acordo com os elementos objetivos disponíveis e as presunções admitidas legalmente, em especial no regime do CDC. Como ensina Marinoni, *autonomia não é sinônimo de neutralidade ou indiferença*,⁹ razão pela qual o direito processual – e o processo propriamente dito – devem ser vislumbrados em acordo com o direito material de proteção do consumidor.

Por outro lado, a afirmação da tutela coletiva e a ampla legitimação para sua promoção via ações coletivas, integra ao mesmo tempo o Estado, por meio de seus diversos Órgãos de promoção da cidadania (o Ministério Público, Procon, as próprias pessoas políticas União, Estados e Municípios, dentre outros), os consumidores, e grupos de consumidores organizados coletivamente por intermédio de associações civis, com vista à defesa de seus direitos. O estímulo à participação e organização da sociedade civil,¹⁰ através da legitimação para exercer em nome dos consumidores lesados e de toda a sociedade a defesa de seus interesses, constitui estímulo imprescindível não apenas à efetividade judicial dos direitos do consumidor, senão de um maior nível de conscientização e informação de todos os agentes econômicos em vista da promoção da harmonia das relações de consumo indicada no artigo 4.º do CDC.

Daí porque o exame das normas processuais relativas às ações de defesa do consumidor deve ser feito, primeiramente, em razão dos direitos do consumidor em matéria processual.

1.2 ESTÁGIO ATUAL DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR: O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O processo civil observa, nas últimas décadas, sensíveis transformações valorativas. Tradicionalmente, a separação dos planos do direito material e do processo teve por propósito

di diritto e processo. Milano: Giuffrè, 1953. p. 122-123. MARINONI. *Técnica processual e tutela de direitos*, p. 222; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 51-52.

8. Assim também ocorre a partir das normas de direito do consumidor em outros sistemas, como no caso do direito francês, em que se reconhece ao juiz um papel ativo na condução do processo relativo aos litígios de consumo. Neste sentido, veja-se: SOUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation*, p. 280-285.

9. MARINONI. *Técnica processual...*, p. 56.

10. WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 781-782.

assegurar às partes o acesso aos meios de defesa de seus interesses independentemente da razão que lhes assistia no plano do direito material. O valor em destaque era o da absoluta imparcialidade do juiz, retirando-lhe por isso o poder de iniciativa. Cabia às partes instruir o processo assistidos pela equidistância do julgador. A decisão resultava daí, fortemente associada à melhor habilidade na demonstração dos fatos para conhecimento judicial. Gradualmente, contudo, o sistema processual clássico foi demonstrando suas dificuldades em relação às transformações de ordem social, política e econômica pela qual rapidamente passou o mundo, e as novas exigências ao seu sistema de justiça, reclamando celeridade e efetividade das decisões judiciais.

No Brasil isso se fez sentir, especialmente, a partir das duas últimas décadas do século passado, o que bem demonstra, dentre outros aspectos, as sucessivas reformas da legislação processual – todas, sem exceção – reclamando maior efetividade do processo. Da mesma forma, o estímulo ao reconhecimento e exercício de direitos como corolário da cidadania afirmada pela ordem constitucional de 1988, deu origem à massificação das demandas judiciais envolvendo litigantes contumazes, o que se tornou habitual no tocante às relações de consumo. A resposta inicial ao fenômeno – em grande parte dada pela conjugação da Lei da Ação Civil Pública e pelo disciplina da tutela coletiva de direitos pelo CDC, percebia na via coletiva a resposta adequada, de modo que a partir de uma decisão coletiva se afirmasse o direito, de modo a tornar dispensável as ações individuais sobre o mesmo tema. A reação à tutela coletiva potencializada pelo CDC, contudo, especialmente no que diz respeito à restrição de sua eficácia territorial em um país de dimensões continentais como o Brasil, frustrou os reclamos de maior eficiência e efetividade do processo. A legislação que restringe a eficácia da coisa julgada das ações coletivas tal como originalmente previsto pelo CDC, devolveu às Cortes Superiores a preocupação com novos instrumentos que permitisse assegurar a estabilidade das decisões e efetividade do processo em relação aos titulares das pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário.

O processo civil, então, é seduzido, gradualmente, por soluções variadas, apreendidas de diferentes sistemas estrangeiros, buscando assegurar a estabilidade das decisões e do próprio direito. Estas soluções trilham o caminho inverso ao inicialmente traçado pelo CDC. Se reduz o prestígio da tutela coletiva de direitos e se passa a considerar – em vista da inevitabilidade das ações individuais, a extensão dos efeitos da decisão no processo individual, prolatada pelos tribunais superiores, às causas iguais ou semelhantes pendentes. Aumenta-se, com isso, a confiança do legislador no Poder Judiciário, em especial nos órgãos de hierarquia mais elevada do sistema de justiça (Tribunais Superiores) e à própria jurisprudência como fonte do direito. Conforme refere Teresa Arruda Alvim Wambier, o Poder Judiciário, não mais se confina à interpretação do direito, também o cria.¹¹ Para esta criação se utilizam de diversos elementos, inclusive de padrões internacionais¹², de modo a tornar viva a atuação judicial frente à integração da lei e evolução da necessidade social. Esta forma de compreender o processo, implica em uma significativa mudança cultural, representada especialmente pela aproximação aos modelos de raciocínio e atuação judicial do *common law*.¹³

11. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Direito jurisprudencial, v. II. São Paulo: Ed. RT, 2014., p. 1223.
12. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Direito jurisprudencial. São Paulo; RT, 2012, p. 86.
13. Sobre o tema, veja-se o interessante estudo de WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) Direito jurisprudencial. São

Esta nova compreensão do processo civil compreende uma dimensão teleológica, a considerar que sua realização não se confina ao interesse das partes, mas à promoção do interesse público, ao assegurar a realização dos direitos.¹⁴ Trata-se de um sentido não apenas não contrário à Constituição, mas promocional da cláusula do devido processo legal que ela encerra.¹⁵ O art. 4.º do CPC/2015 é representativo desta ideia-força, ao referir: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. E da mesma forma uma dimensão técnica, definida por instrumentos que permitam assegurar a estabilidade e uniformidade do direito que resulte do processo.¹⁶

A dimensão técnica deste processo se apresenta, de um lado, pela conferência de mais poderes ao juiz.¹⁷ De outro, pela expansão da eficácia das decisões judiciais mesmo em casos individuais, seja por procedimentos específicos – visando a uniformização de entendimento jurisprudencial sobre certa questão de direito – seja mediante outorga de autoridade e eficácia diferenciada a determinadas decisões.

É neste contexto de mudança cultural do processo e suas relações com o direito material e do próprio envolvimento das partes no processo, que se edita, em 2015, novo Código de Processo Civil. Consagrando diferentes influências e com método de trabalho legislativo aberto, com larga participação de especialistas e interessados em geral,¹⁸ o texto do Código de Processo Civil não se pode dizer filiado a alguma tradição específica. Ao contrário, resulta da interação de distintas fontes, desde o *common law*, até soluções havidas no direito europeu.

Por outro lado, o reconhecimento do direito das partes ao que se convencionou chamar de processo justo¹⁹, implica também na definição de um novo padrão de relacionamento entre

Paulo; RT, 2012, p. 11 e ss.

14. PICÓIJUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 110.
15. Veja-se: DINAMARCO, Cândido. *Instituições de processo civil*, v. I. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180; No mesmo sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O processo civil brasileiro na perspectiva dos direitos fundamentais*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15 e ss.
16. CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 209. São Paulo: RT, julho/2012, p. 349-374.
17. O reconhecimento do papel do juiz e o reforço de seus poderes já há muito era percebido como tendência do direito processual contemporâneo, conforme se vê nas ponderações de FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz*. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 403 e ss. Da mesma forma, veja-se, no ponto, o memorável estudo de José Carlos Barbosa Moreira. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. *Revista de processo*, v. 37. São Paulo: RT, jan.-mar./1985, p. 146-147. Para esta reflexão, no direito italiano: SCARSELLI, Giuliano. *Poteri del giudice e diritti delle parti*. Quaderni de “Il giusto processo civile”. 4. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2010. p. 11.
18. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR. Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.) *Apresentação*. *Breves comentários ao novo Código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 11-12.
19. A noção de processo justo é adotada tomando, especialmente, as lições do direito italiano, em que a expressão tem sua origem, a partir da redação do art. 111 da Constituição Italiana, cuja primeira parte refere “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni proces-

os sujeitos do processo, presidido pela boa-fé e colaboração, entre as partes. Assim os artigos 5.º e 6.º do CPC/2015: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. E “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O dever de cooperação processual resulta de clara inspiração no direito comparado, notadamente, a máxima de cooperação no direito alemão²⁰ e consagrado no Código de Processo Civil Português, em seu art. 266, sob a indicação do princípio da cooperação.²¹ Sua consagração tanto como dever geral previsto no art. 6.º do CPC/2015, como em disposições específicas, como os deveres de colaboração para descobrimento da verdade e para realização de inspeção judicial a que se referem os arts. 378 e 379 do Código, e que também encontram paralelo no art. 519 do Código de Processo Civil português. Por outro lado, pelo princípio cooperativo, o juiz assume, igualmente, uma função de assistência às partes colaborando, por intermédio de sua atuação oficiosa, para o impulso do processo.²²

No tocante ao direito do consumidor, tem interesse, igualmente, a paridade de tratamento prevista em seu art. 7.º, nos seguintes termos: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”. Neste caso, note-se que não se trata aqui de isonomia absoluta entre as partes, senão

so si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata”. Conforme conhecida lição de Nicolò Trocker, “justo é o processo que se desenvolve em respeito às normas constitucionais e aos valores da coletividade. E tal é o processo que se desenvolve perante um juiz imparcial, em contraditório de todos os interessados, em tempo razoável, como a propósito estabelece o art. 111 da Constituição”. TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civile: profili generali. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 2. Milano: Giuffrè, 2001, p. 381-410. No mesmo sentido, veja-se: COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie Costituzionali e “Giusto Processo” (Modelli a confronto). Revista de Processo, v. 90, São Paulo: RT, abr-jun/1998, p. 95-148.

20. A referência à máxima de cooperação (Kooperationsmaxime) é atribuída, originalmente ao processualista alemão Karl August Bettermann, em artigo publicado em 1972, versando sobre os fundamentos constitucionais do processo civil (BETTERMANN, Karl August. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. Juristischer Blätter, 94. Jahrgang, Heft 3/4, Feb. 1972, p. 56-68). Buscava apreciar a noção de *Sammelmaxime* presente há longo tempo no Código Civil Austríaco (ZPO). Para as origens do *Sammelmaxime*, no direito processual civil austríaco, veja-se: WOLFFE Karl. Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts. 2. Auflage. Wien, 1947, p. 165. Para a relação entre o *Kooperationsmaxime* e o *Sammelmaxime* austríaco: Hahn, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozeß?* Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 88.
21. Assim, o art. 266 do Código de Processo Civil Português: “Princípio da cooperação: 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 519. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ônus ou dever processuais, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”.
22. PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 1999, p. 219.

do que se convencionou denominar “igualdade” ou “paridade” de armas,²³ reconhecendo de desigualdades decorrentes da estrutura social ou da posição que ocupam as parte. Por isso, o objetivo da norma é, claramente, o de assegurar a igualdade material entre os litigantes, conferindo ao juiz poderes para flexibilizar o procedimento no tocante, entre outros aspectos, à dilação de prazos, distribuição do ônus da prova e determiná-las de ofício (art. 370).²⁴ Esta diretriz do CPC/2015 associa-se aos direitos assegurados ao consumidor no processo, de modo a promover o acesso efetivo à justiça como acesso à tutela satisfativa do seu direito.

Deste modo, a vigência do Código de Processo Civil não se revela apenas como simples substituição da ordem processual vigente, senão de sua renovação valorativa, o que deve impactar sensivelmente na tutela processual do consumidor. A preocupação com a efetividade do processo já era a tônica do CDC desde sua edição, a constatar pelas regras que previam a possibilidade de inversão do ônus da prova, a tutela específica da obrigação e todo o sistema de tutela coletiva de direitos engendrado pelas normas de proteção do consumidor. As regras sobre a tutela coletiva de direitos inclusive, não foram objeto de disciplina pelo CPC/2015, razão pela qual se preserva o sistema que associa as normas do CDC e da Lei da Ação Civil Pública. Ocorre, contudo, que na perspectiva da renovação teórica o CPC/2015 em parte converge com a lógica assentada pelo CDC, em parte tensiona, especialmente a partir de institutos processuais específicos, cuja eficácia poderá contrastar com a efetividade dos direitos do consumidor se não for adotada cuidadosa distinção e interpretação de sua conformidade com o direito fundamental de defesa do consumidor. Notadamente, é o caso de dois procedimentos incidentais, cujo exame se realiza adiante, de resolução de demandas repetitivas e de desconsideração da personalidade jurídica.

Não se perca a vista, contudo, que o vetor fundamental do processo civil é a realização do direito material das partes. Deste modo, qualquer há evidente espaço para a coordenação das normas processuais e de direito material.²⁵ É o que fundamenta, por vezes, a adaptação do procedimento e adoção em comum de medidas próprias das tutelas de cognição e execução (a revolta da prática contra a teoria)²⁶, sempre associado ao propósito de garantir a efetividade da proteção legal substancial, o que no caso das relações de consumo, realiza direito fundamental de defesa do consumidor.

1.3 DIMENSÃO PROCESSUAL DOS DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

O CDC, ao lado das normas que estabelecem direitos subjetivos pertinentes à relação jurídica-material de consumo, também prevê, em vista da efetividade da tutela estabelecida na lei, uma série de direitos dos consumidores com respeito à relação processual a ser estabelecida

-
23. Veja-se: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de processo civil, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 80.
 24. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Comentários ao art. 1.º. In: WAMBIER/DIDIER JR./TALAMINI/DANTAS, Breves comentários, p. 73.
 25. Veja-se, no ponto, a lição autorizada de Ovídio Araújo Baptista da Silva e sua fórmula de que “não existe ação sem direito” para sustentar a íntima ligação entre os conceitos de direito material e processual. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Jurisdição, direito material e processo. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 185.
 26. Conforme: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Processo e ideologia. O paradigma racionalista. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 153.

no exercício das pretensões asseguradas por lei. Neste sentido, enquanto na relação jurídica de consumo, os direitos subjetivos dos consumidores são oponíveis quase que exclusivamente contra os fornecedores (ainda que excepcionalmente também em relação ao Estado), no caso dos direitos pertinentes à relação processual, de titularidade do consumidor, estes serão dirigidos contra o Estado, especialmente o Estado-juiz, que deve assegurar a adequada prestação jurisdicional, que no caso das ações de defesa do consumidor, trata-se de uma prestação jurisdicional qualificada pelas normas específicas estabelecidas pelo microsistema em vista da efetividade dos direitos do consumidor.

Muitos direitos básicos do consumidor previstos no artigo 6.º do CDC (veja-se item I, da Parte II desta obra), possuem inequivocamente uma dimensão processual, associando a previsão substancial da proteção jurídica do consumidor e processual de defesa de seu interesse em juízo.

1.3.1 Acesso à justiça

Em sua concepção tradicional, o direito de acesso à justiça compreende o direito à possibilidade de acesso ao Poder Judiciário. Revela-se, portanto sob seu aspecto formal, como direito de acesso à via judicial de solução de conflitos. Entretanto, modernamente, a compreensão do acesso à justiça abrange não apenas a possibilidade de acesso às vias judiciárias, mas também o acesso ao direito, determinando providências no sentido de tornar o direito conhecido²⁷ e permitindo o acesso a uma decisão justa. Neste sentido ensina Kazuo Watanabe, ao estabelecer associação entre a noção de acesso à justiça e seu significado mais exato, de acesso a uma ordem jurídica justa. A possibilidade real do exercício e a eficácia deste direito de acesso, por sua vez, será realizado na medida em que se observem algumas condições materiais, como o direito à informação das partes (em especial da parte vulnerável), a adequação entre a ordem jurídica e a realidade social e econômica do país, o comprometimento dos juízes à realização de uma ordem jurídica justa, a disposição de instrumentos processuais que tornem possível a realização de efetiva tutela de direitos e a remoção dos obstáculos que se coloquem contra o acesso à justiça nestas condições.²⁸

Em direito do consumidor, o artigo 6.º, VII consagra o acesso à justiça, compreendendo tanto o acesso ao Poder Judiciário (artigo 6.º, VII), como também este deve se dar “com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”. Há, portanto, a compreensão do direito de acesso à justiça desde duas perspectivas: sob o *aspecto formal*, a possibilidade de acesso aos órgãos judiciários para o exercício da respectiva pretensão. Sob o *aspecto substancial*, uma série de providências ao encargo do Estado visando contemplar e superar a situação de hipossuficiência do consumidor, assegurando a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados, de modo a equilibrar a posição das partes no processo em vista de uma decisão justa. Neste contexto, cumpre lembrar que o artigo 5.º do CDC, ao esta-

27. Segundo Nalini, “antes de dizer o Direito, incumbe ao juiz fazer conhecer o Direito. Pois na medida em que o conhecimento daquilo que está disponível constitui pré-requisito da solução do problema da necessidade jurídica não atendida, é preciso fazer muito mais para aumentar o grau de conhecimento do público a respeito dos meios disponíveis e de como utilizá-los”. NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça. *Revista do CEJ*, v. 1 n. 3 set.-dez. 1997. p. 61-69.

28. WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et. alii. *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128-135.

belecer as providências a cargo do Estado na promoção dos direitos dos consumidores, estabelece, dentre outros instrumentos: “I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; (...)”.²⁹ Lembre-se, da mesma forma, que em vista do direito de acesso à justiça, na tutela coletiva de direitos, o artigo 87 do CDC estabelece que “nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais”. A regra, evidentemente, tem em vista a oportunidade de exercício do direito de acesso à justiça sem os gravames financeiros que poderiam inibir tal comportamento de parte dos legitimados para exercer esta defesa.

Da mesma forma, o acesso ao consumidor à justiça é assegurado pela definição legal quanto à garantia do foro do seu domicílio como competente para a ação judicial. É o que resulta dos arts. 6.º, VII e 51, XV. Todavia, note-se que a regra que fixa a competência do domicílio do consumidor, admitindo-se ademais a possibilidade de escolha entre este e o domicílio do fornecedor-réu para a interposição da ação, realiza situação associada ao direito de acesso à justiça, sendo injustificável o reconhecimento do direito de opção do consumidor a uma terceira alternativa, considerando não se tratar de um ilimitado direito de opção quanto ao foro.³⁰

1.3.1.1 *Jurisdição internacional e foro do domicílio do consumidor*

A expansão do consumo de produtos e serviços para além das fronteiras nacionais, cujo estímulo pelo desenvolvimento e acesso pela internet repercute decisivamente, coloca em destaque a competência para julgamento das demandas de consumo como um dos desafios principais à efetividade dos direitos do consumidor. Neste sentido, não faltam exemplos nos contratos internacionais em geral, em que a imposição de cláusula de eleição de foro seja utilizada para beneficiar um dos contratantes com a submissão de eventual litígio a país cujas regras lhes sejam mais favoráveis.

29. Note-se, todavia, que a adoção de varas especializadas em relações de consumo, embora seja providência prevista no sentido de facilitar o acesso do consumidor a justiça e de buscar qualificar, via especialização, a tutela judicial dos seus direitos, atualmente deve ser vista com reservas. Isto porque, ao se dirigir a pretensão para a vara especializada, desde logo parte-se do pressuposto de que se trata na hipótese, de uma relação de consumo. Contudo, também a identificação da relação de consumo no caso estará sob o controle judicial. E se tratando na hipótese, de um critério de determinação da competência *rationae materiae* do juízo, faz com que a discussão de cunho material desvie-se para o âmbito processual, paralisando muitas vezes a pretensão para solução da questão de processo, ou mesmo anulando ao final, os atos praticados pela vara especializada em face do reconhecimento de sua incompetência para o feito.

30. Neste sentido é o entendimento do STJ: “Agravo regimental no recurso especial. Exibição de documento. Competência. Consumidor-autor. Escolha aleatória. Impossibilidade. Precedentes. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo possibilita que este proponha ação em seu próprio domicílio, no entanto, não se admite que o consumidor escolha, aleatoriamente, um local diverso de seu domicílio ou do domicílio do réu para o ajuizamento do processo. 2. Agravo regimental não provido” (STJ, AgRg no REsp 1.405.143/MG, 3.a T., j. 20.03.2014, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 27.03.2014).

A efetividade dos direitos dos consumidores em relações de consumo internacionais, então, será desafiada pelas regras de fixação de competência para processar e julgar eventuais litígios daí decorrentes. Daí que o Código de Processo Civil de 2015 inovou com regra relativa à jurisdição competente para processar e julgar questões decorrentes de relações de consumo.

Estabelece o art. 22, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações: (...) II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil”. Trata-se de disposição que se encontra em acordo com o direito fundamental de defesa do consumidor, e fundamenta-se no direito de acesso à justiça. Trata-se de critério que independe do local onde tenha sido celebrado o contrato de consumo, assim como o local de cumprimento de suas prestações, que em ambos os casos poderá se dar fora do Brasil. O que atrai a jurisdição nacional, neste caso, é o domicílio ou residência do consumidor.

Trata-se de tendência internacional, já prevista na União Europeia pelo art. 18 do Regulamento 1.215/2012 (Regulamento Bruxelas Reformulado). Porém, como assinala precisamente André de Carvalho Ramos, avança em relação à disposição europeia, uma vez que “não a restringe aos contratos internacionais de consumo dirigidos ao mercado brasileiro: basta a relação consumerista, não importando se o consumidor domiciliado ou residente no Brasil tenha aceito proposta dirigida ao nosso mercado ou procurou voluntariamente celebrar o contrato no exterior (consumidor turista, por exemplo)”.³¹

No caso de concorrência de ações no Brasil e em país estrangeiro, incide a regra do art. 24 do CPC/2015. Se formar coisa julgada a ação no Brasil, poder-se-á proceder ao juízo de delibação, deixando-se de homologar a decisão estrangeira.³²

Discussão se estabelece, contudo, sobre a possibilidade ou não de derrogação da jurisdição nacional pelo consumidor com residência ou domicílio no Brasil, com fundamento no art. 25 do CPC/2015 que dispõe: “Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação”. A valorização do princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais caracteriza o direito internacional privado contemporâneo. Contudo, também a proteção dos vulneráveis assume papel relevante nesta disciplina jurídica. A cláusula de eleição de foro, nos contratos de consumo, de sua vez, é considerada abusiva quando restrinja o acesso do consumidor à justiça, o que ocorre no caso em que se retire a possibilidade de demandar em seu lugar de domicílio ou residência. Neste sentido, a abusividade da cláusula não resulta do fato de se tratar ou não de estipulação em contrato de adesão³³, mas do seu resultado como violadora do direito básico do consumidor. Por tal razão, o reconhecimento da nulidade da cláusula de eleição impede a homologação da sentença estrangeira no Brasil.

31. RAMOS, André de Carvalho. Jurisdição internacional sobre relações de consumo no novo Código de Processo Civil. Avanços e desafios. In: MARQUES, Claudia Lima. GSELL, Beate (Org.). Novas tendências internacionais do consumidor. São Paulo: RT, 2015, p. 569.
32. É o que, sob a égide do CPC revogado, ensinava Arruda Alvim. Competência internacional. Doutrinas essenciais de processo civil, v. 2. São Paulo: RT, out / 2011, p. 1111 e ss.
33. Diverge-se, neste ponto, do entendimento de André Carvalho Ramos. Jurisdição internacional sobre relações de consumo no novo Código de Processo Civil. Avanços e desafios, p. 571.

1.3.1.2 Cláusula de eleição de foro

Relevante mencionar que o Código de Processo Civil de 2015, ao admitir às partes a eleição do foro competente, define em seu art. 63, § 1.º que “A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico”. Contudo, define o § 3.º do mesmo artigo que “antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu”.

Observe-se que o CDC, comina com a nulidade de pleno direito, as cláusulas abusivas (art. 51), o que abrange também a cláusula de eleição de foro, por dificultar o acesso do consumidor à justiça (art. 51, IV e XV). A indicação de ineficácia da cláusula pelo art. 63, § 3.º, do CPC/2015, deste modo, deve ser compreendida como consequência da invalidade (porque inválida, ineficaz). Contudo, tenha-se em conta que no plano processual, a indicação de ineficácia cláusula, a ser promovida apenas antes da contestação, sob pena de preclusão, reduz sensivelmente o alcance que originalmente se estabelece, nas relações de consumo, a partir da nulidade da cláusula abusiva. O art. 51 faz referência à nulidade de pleno direito, a qual pode ser conhecida e decretada de ofício pelo juiz. Não se cogita, nas relações de consumo – ao contrário do que se possa eventualmente discutir em outras relações jurídicas, sobre as condições pelas quais se caracteriza a abusividade – de convalidação da cláusula por inação ou preservação de sua eficácia em vista da preclusão processual. Tampouco, que se demonstre hipossuficiência da parte a quem prejudique o foro escolhido, a justificar inclusive a oportunidade de alegar o caráter abusivo da cláusula em contestação.³⁴

Em relação à sua decretação de ofício pelo juiz, a tendência que se observa é a de, preservado este poder-dever judicial, assegurar a possibilidade de manifestação prévia das partes. Conforme mencionam os primeiros comentaristas do CPC/2015, “de ofício” não quer dizer “de plano”, ou seja, sem a oitiva prévia do réu”.³⁵ Trata-se de entendimento absolutamente razoável, promovendo o contraditório, em linha com o que dispõe o art. 10, do CPC/2015: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

1.3.2 Facilitação da defesa: distribuição e inversão do ônus da prova

Outro direito de natureza processual que tem enorme importância para defesa do consumidor é o que assegura a facilitação da defesa dos seus direitos. Este contempla tanto a possibilidade de inversão do ônus da prova, quanto, da mesma forma, a inadmissibilidade da produção de provas ou providências desnecessárias pelo fornecedor, que sirvam apenas para fins protelatórios, dada a natureza do direito em causa, como por exemplo, os casos em que há a vedação

34. Sem razão, a nosso ver, ou ao menos inaplicáveis às relações de consumo, as razões expostas por Bruno Silveira de Oliveira ao comentar o art. 63, in: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR. Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.) Apresentação. Breves comentários ao novo Código de processo civil. São Paulo: RT, 2015, p. 236-237.;

35. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015, p. 129.

da denunciação da lide.³⁶ A justificativa para facilitação da defesa é indiscutivelmente a projeção, no processo, da desigualdade fática estabelecida na relação de direito material.

Observa-se, no processo civil em geral, tendência do estabelecimento de uma nova dinâmica para atribuição do ônus da prova, reconhecendo, como critério útil à cooperação das partes para a definição da verdade sobre os fatos, a possibilidade de definirem-se os encargos para a produção da prova de acordo com a maior facilidade e pertinência entre os sujeitos da causa.³⁷ O Código de Processo Civil de 2015, neste sentido, estabelece, em seu art. 373, que “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Contudo, prevê que “nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído” (art. 373, § 1.º). Consagra-se a flexibilização da regra de imputação do ônus da prova para o processo civil em geral, mediante a possibilidade de sua distribuição pelo juiz entre as partes, conforme a impossibilidade de sua produção por uma das partes ou maior facilidade pela outra. Note-se que a disposição do Código embora estabeleça-se como regra (art. 373, caput) e exceção (art. 373, § 1.º), pode indicar em relação à segunda hipótese não propriamente inversão, mas nova regra de distribuição do ônus da prova, segundo premissas fáticas distintas (ou impossibilidade ou maior facilidade na produção da prova). Não se confundem, portanto, inversão e regra de distribuição do ônus da prova, hipóteses tecnicamente distintas.³⁸

36. “Recurso especial. Denunciação à lide. Médica plantonista que atendeu menor que faleceu no dia seguinte. Ação de indenização contra o hospital. Denunciação da médica à lide. Impossibilidade. Serviço de emergência. Relação de preposição do médico com o hospital. Responsabilidade objetiva do hospital. Produção de provas que não interessam ao paciente. Culpa da médica. Ônus desnecessário. 1. A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade do profissional plantonista, havendo relação de preposição entre o médico plantonista e o hospital. Precedentes. 2. O resultado da demanda indenizatória envolvendo o paciente e o hospital nada influenciará na ação de regresso eventualmente ajuizada pelo hospital contra o médico, porque naquela não se discute a culpa do profissional. 3. Qualquer ampliação da controvérsia que signifique produção de provas desnecessárias à lide principal vai de encontro ao princípio da celeridade e da economia processual. Especialmente em casos que envolvam direito do consumidor, admitir a produção de provas que não interessam ao hipossuficiente resultaria em um ônus que não pode ser suportado por ele. Essa é a *ratio* do Código de Defesa do Consumidor quando proíbe, no artigo 88, a denunciação à lide. 4. A culpa do médico plantonista não interessa ao paciente (consumidor) porque o hospital tem responsabilidade objetiva pelos danos causados por seu preposto; por isso, é inviável que no mesmo processo se produzam provas para averiguar a responsabilidade subjetiva do médico, o que deve ser feito em eventual ação de regresso proposta pelo hospital. 5. A conduta do médico só interessa ao hospital, porquanto ressaltado seu direito de regresso contra o profissional que age com culpa. De tal maneira, a delonga do processo para que se produzam as provas relativas à conduta do profissional não pode ser suportada pelo paciente. 6. Recurso especial conhecido e não provido. (STJ, RESP 801.691/SP, 3.ª T., j. 06.12.2011, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje 15.12.2011).
37. FERREIRA, William Santos. Comentários ao art. 373. In: WAMBIER/DIDIER JR./TALAMINI/DANTAS, Breves comentários, p. 1009.
38. Para a distinção, veja-se, dentre outros, os trabalhos de CREMASCO, Suzana Santi. A distribuição dinâmica do ônus da prova. Rio de Janeiro: GZ, 2009; CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e relevância. São Paulo: Ed. RT, 2006. Para a exegese da regra do CPC/2015: GAGNO, Luciano

Há moderação desta regra de distribuição do ônus da prova no § 2.º do art. 373 do CPC/2015, ao dispor que “a decisão prevista no § 1.º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Toma-se clara referência na norma à restrição de que se imponha a qualquer das partes a obrigação de produção da denominada prova diabólica.

Da mesma forma, admite-se que as partes convençionem entre si a distribuição do ônus da prova, considerando seu mútuo interesse, restringindo-se, contudo, que as provas em questão: I) recaiam sobre direito indisponível da parte; e II) tornem excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito (art. 373, § 3.º, CPC/2015). Trata-se de espécie de negócio jurídico processual, inovação do CPC/2015, como categoria que permite as partes dispor sobre “mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convençionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (art. 190, CPC/2015). A rigor, nas relações de consumo, não parece possível a convenção entre as partes acerca do ônus da prova, em casos envolvendo relações de consumo. Isso porque a facilitação da defesa é, tipicamente, um direito subjetivo do consumidor, definido como espécie de direito básico (art. 6.º, VIII, CDC), previsto em lei de ordem pública (art. 1.º, CDC), portanto, indisponível às partes, de modo a estar subsumido na limitação que estabelece o art. 373, § 3.º, I, do CPC/2015. O CDC permite a inversão do ônus da prova no processo como espécie de faculdade judicial nas hipóteses de *hipossuficiência do consumidor* ou *verossimilhança das suas alegações*. A determinação do que seja a *hipossuficiência do consumidor* se dá *in concreto*, devendo o juiz identificar nesse conceito juridicamente indeterminado, em acordo com as regras de experiência,³⁹ a ausência de condições de defesa processual, por razões econômicas, técnicas, ou mesmo em face da sua posição jurídica na relação *sub judice* (é o consumidor que não teve acesso à cópia do contrato, por exemplo).

No mesmo sentido, a verossimilhança vai apresentar como espécie de juízo de probabilidade, segundo as informações das partes no processo, ou seja, em acordo com o que se verifica do disposto no processo, se aquelas informações estariam ou não em acordo com um juízo de razoabilidade ou de probabilidade do que efetivamente tenha ocorrido.⁴⁰ Ou mesmo, poderá decidir sobre a suficiência das provas apresentadas pelo consumidor⁴¹, sendo imputada ao

Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova. Revista de Processo, v. 249, São Paulo: RT, novembro/2015, p. 117-139.

39. Sobre a interpretação e concreção dos conceitos jurídicos indeterminados em processo civil, veja-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de Experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de Direito Processual: Segunda Série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1988. p. 61-72.
40. A respeito veja-se: CALAMANDREI, Piero. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista de Diritto Processuale*, n. 10. Milano: Giuffrè, 1955. p. 164-192.
41. Exemplo ilustrativo é o caso da contaminação de recém-nascido pelo vírus HIV. Em ação interposta contra hospital onde se deu o nascimento, logrou o autor demonstrar que, não sendo os pais portadores do vírus, a única hipótese factível de contaminação se deu por ocasião do nascimento. Nas exatas palavras da decisão: “(...)2.1 Na espécie, a responsabilidade civil imputada ao hospital pela má prestação de seus serviços, que redundou nos danos suportados pelo demandante (contaminação pelo vírus HIV), provém, inegavelmente, da relação contratual estabelecida prévia e voluntariamente entre as partes. Deste modo, incumbe ao causador do dano demonstrar que observou devidamente os deveres impostos no ajuste, em especial o de incolumidade e de cuidado. 2.2 Ínsito ao contrato médico-hospitalar, que tem por escopo a conservação ou recuperação da saúde do paciente; ou a cura ou minoração dos efeitos de uma doença, são os deveres ‘de cuidado’, ‘de agir de

fornecedor a necessidade de produzir a contraprova.⁴² No caso das relações de consumo o juiz, para verificar a existência ou não de verossimilhança, debruça-se no mais das vezes sobre as

modo diligente', 'de inculmidade' e 'de segurança' do paciente. Com necessária observância de tais obrigações contratuais, incumbe ao hospital envidar todos os esforços à preservação do paciente - dentro do parâmetro da técnica médica -, propiciando-lhe um tratamento adequado, apto a viabilizar a recuperação da saúde do enfermo. 2.3 A partir das moldura fática delineada pelas instâncias precedentes, restou cabalmente demonstrado que o hospital, ao realizar procedimento médico indicado (transfusão de sangue) para a situação de emergência e risco a ele apresentado, acabou por contaminar o então paciente, ora recorrido, pelo vírus HIV, a evidenciar a não observância dos deveres contratuais de cuidado e de agir diligente. 2.4 Dos elementos probatórios reunidos nos autos, extrai-se o estabelecimento do liame causal entre a conduta do hospital e do dano suportado pelo paciente. Os pais do demandante, conforme demonstrado nos autos, não são portadores do vírus HIV. A única exposição do autor às possíveis formas de contaminação, considerada a sua terna idade em que diagnosticada a doença (três anos incompletos), deu-se por ocasião do procedimento de transfusão de sangue. 2.5 Deste modo, tal como restou reconhecido de modo unânime pelas instâncias ordinárias, o hospital demandado incorreu em falha em seu banco de sangue, cujas unidades, caso testadas, não observaram a denominada 'janela imunológica', própria do vírus HIV, em conformidade com técnica médica, sendo certo que o hospital requerido não se desincumbiu do ônus de demonstrar qualquer intercorrência que pudesse evidenciar o rompimento do nexo de causalidade reconhecido, especialmente quanto ao (bom) estado de saúde dos doadores (...) (STJ, REsp 655.761/SP, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Buzzi, 4.ª T., j. 23.09.2014, DJe 03.02.2015).

42. Assim decidiu o STJ: "Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de reparação por danos materiais e compensação por danos morais. Consumidora do anticoncepcional 'Diane 35' que engravidou, de forma indesejada, durante a utilização do produto em face de defeito deste, pôrque cartelas com 20 comprimidos, ao invés de 21, foram colocadas no mercado. - A consumidora mostrou que fazia uso regular do anticoncepcional, mas não que consumiu, especificamente, uma das cartelas que foram colocadas à venda com defeito. Defende-se a recorrente alegando que, nessa hipótese, ao julgar procedente o pedido indenizatório, o Tribunal responsabilizou o produtor como se este só pudesse afastar sua responsabilidade provando, inclusive, que a consumidora não fez uso do produto defeituoso, o que é impossível. - Contudo, está presente uma dupla impossibilidade probatória: à autora também era impossível demonstrar que comprara especificamente uma cartela defeituosa, e não por negligência como alega a recorrente, mas apenas por ser dela inexigível outra conduta dentro dos padrões médios de cultura do país. - Assim colocada a questão, não se trata de atribuir equivocadamente o ônus da prova a uma das partes, mas sim de interpretar as normas processuais em consonância com os princípios de direito material aplicáveis à espécie. O acórdão partiu de uma prova existente para concluir em um certo sentido, privilegiando, com isso, o princípio da proteção ao consumidor. - Se for negada a suficiência da prova relativa ao consumo reiterado do produto como sustentáculo para a conclusão do Tribunal, restará, apenas, a opção de acolher em seu lugar uma presunção de que a consumidora teria proposto a ação para se aproveitar daquele receituário e de uma situação pública de defeito no produto, fazendo-se passar por vítima do evento sem sê-lo. - Assim, trocar-se-ia uma conclusão resultante da análise de uma prova evidente, da realidade dos fatos e dos princípios jurídicos aplicáveis, por uma outra presunção isolada que depende da indevida inserção de um qualificativo doloso à pretensão da autora. - A recorrente alega que o nascimento de um filho jamais pode ser causa de dano moral; porém, deve-se anotar que o produto defeituoso é um anticoncepcional, cuja finalidade é proporcionar à mulher uma escolha quanto ao momento de ter filhos. Nesse contexto, a falha do remédio frustra tal opção, e nisso reside a necessidade de compensação pelos danos morais. - Na presente hipótese, acrescenta-se ainda o fato de que a criança, infelizmente, veio a falecer no parto. - A alteração do valor fixado a título de compensação pelos danos morais só deve ser revista em hipótese que indique insuportável absurdo, o que não ocorre na presente hipótese. Precedentes. - A partir da vigência do CC/02, aplicam-se juros de mora de 1% ao mês, nos termos de reiterados precedentes da 3.ª e da 4.ª Turma. Recurso especial não conhecido" (STJ, REsp 918.257/SP, j. 03.05.2007, rel. Nancy Andrighi, DJ 23.11.2007 p. 465).

práticas conhecidas do mercado, o que normalmente ocorre nas relações entre consumidores e fornecedores, e em informações de domínio público ou particular, desde que todas devidamente explicitadas por ocasião da fundamentação da decisão de inversão do ônus probatório.

Outro aspecto de enorme relevância com respeito à faculdade de inversão do ônus da prova pelo juiz, é o momento em que este se dever produzir. Note-se que qualquer das alternativas logicamente possíveis, como no momento da citação do réu, no início da instrução processual ou no momento da sentença,⁴³ apresentam uma série de argumentos em contrário. Inicialmente, considerou-se que, em vista da necessidade de compatibilizar o direito fundamental de defesa do consumidor com as garantias processuais de ampla defesa e devido processo, o momento mais adequado parece ser o da instrução processual,⁴⁴ quanto mais não seja mediante advertência da possibilidade de inversão do ônus da prova na sentença.⁴⁵ O Código de Processo Civil de 2015 parece confirmar este entendimento, ao indicar que deve o juiz, na fase de saneamento e organização do processo, “definir a distribuição do ônus da prova” (art. 357, III).

Não pode se perder de vista, contudo, o caráter decisivo da possibilidade de inversão do ônus da prova para efetividade dos direitos do consumidor. A especialização e sofisticação tecnológica dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, aliada a debilidade econômica ou técnica do consumidor na defesa dos seus direitos terá na possibilidade de inversão do ônus da prova, em boa parte das vezes o único recurso em vista da procedência da demanda judicial do consumidor. Mas por outro lado, igualmente, a própria posição dominante do fornecedor na relação de consumo justifica a possibilidade de inversão do ônus da prova. Afinal, é o fornecedor o *expert*, que normalmente conhece com profundidade aspectos técnicos do produto ou serviço objeto da relação de consumo, e que domina igualmente o processo de contratação, produzindo e mantendo consigo documentos e registros acerca da relação com o consumidor. Não é por outra razão que a hipossuficiência – considerada como impossibilidade de produzir provas sobre determinado fato – decorre não apenas de certas condições econômicas, mas também pelo fato de não possuir o consumidor domínio sobre a formação e desenvolvimento da relação de consumo. E daí justificar-se – como entende a jurisprudência majoritária atualmente – de que esta possibilidade de inversão do ônus da prova ocorra também nas ações civis públicas, em que o autor será o Ministério Público ou as associações.⁴⁶ Neste sentido, é de

43. A inversão do ônus da prova, como regra de juízo a ser deduzida na sentença judicial é o entendimento de: WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, p. 796.

44. No mesmo sentido: ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 106.

45. Conforme sugere: WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor...*, 8. ed., p. 797.

46. “Processual civil e administrativo. Ofensa ao artigo 535 do CPC. Inocorrência. Ação civil pública. Abusividade na comercialização de combustíveis. Inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público. Possibilidade. Tutela de direitos e de seus titulares, e não propriamente das partes da ação. 1. Trata-se, na origem, de ação civil pública movida pelo recorrido em face da recorrente em que se discute abusividade na comercialização de combustíveis. Houve, em primeiro grau, inversão do ônus da prova a favor do Ministério Público, considerando a natureza consumerista da demanda. Esta conclusão foi mantida no agravo de instrumento interposto no Tribunal de Justiça. 2. Nas razões recursais, sustenta a recorrente ter havido violação aos artigos 535 do Código de Processo Civil (CPC), ao argumento de que o acórdão recorrido é omissão, e 6.º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), pois o Ministério Público não é hipossuficiente a fim de que lhe se permita a inversão do ônus da prova. Quanto a este último ponto, aduz, ainda, haver dissídio jurisprudencial a ser sanado. 3. Em primeiro lugar, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que de-

se perguntar também se tem aplicação nas ações envolvendo relações de consumo, nas quais se admita a inversão do ônus da prova com fundamento no art. 6.º, VIII, do CDC, a limitação de que trata o art. 373, § 2.º, do CPC/2015. Ou seja, se a faculdade judicial de inversão do ônus da prova com fundamento no direito básico do consumidor à facilitação da defesa não poderá ser exercida se “gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”.

Sempre é de registrar que o CDC estabelece disciplina tutelar do consumidor. Suas normas especiais visam assegurar a tutela efetiva do consumidor. Há situações mesmo, que a atribuição do ônus da prova ope legis, imputa a responsabilidade do fornecedor, afastada apenas se produzir prova de fatos específicos (caso da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, prevista nos arts. 12, § 3.º e 14, § 3.º. Haveria, pois, limitação imposta à inversão do ônus da prova, de modo a tornar inefetiva a proteção legal, que justamente dirige-se à permitir a tutela dos direitos definidos em lei? Quer parecer que as situações do art. 373, § 2.º do CPC/2015, e do art. 6.º, VIII, do CDC, são substancialmente distintas. A limitação à imposição do encargo de produzir prova impossível ou excessivamente difícil relaciona-se com a regra de distribuição pelo juiz no interesse do processo e visando à cooperação das partes com a busca da verdade (art. 378, do CPC/2015). Neste cenário, fica evidenciada que a impossibilidade ou dificuldade extrema de produção da prova não devam prejudicar a parte, mediante distribuição do ônus da prova. Situação distinta é a de inversão que realiza direito subjetivo de uma das partes, caso daquela que beneficia o consumidor em ações das quais seja parte. No primeiro caso, a distribuição do ônus da prova se dá no interesse do processo, no segundo, no interesse na realização de um direito fundamental de proteção. As situações não parecem se confundir.

Isso não significa, contudo, que a inversão do ônus da prova em favor do consumidor se dê em caráter absoluto. A lei define que se deva preencher os requisitos de hipossuficiência ou verossimilhança das alegações. No caso da hipossuficiência, ela expressa causas que implique na impossibilidade do consumidor de produzir a prova em seu favor. A verossimilhança parte de um juízo hipotético, sem vinculação com fatos concretos, senão com juízos hipotéticos de como se dá a ordem natural das coisas, as regras de experiência.⁴⁷ A norma do art. 6.º, VIII, do CDC faz referência expressa às regras de experiência.⁴⁸ No preenchimento das condições para a inversão do ônus da prova, deve o juiz fundamentar a decisão de inversão, a qual é passível de revisão. É no exame da verossimilhança das alegações do consumidor que se encontram os limites interpretativos para rejeitar-se a possibilidade de inversão do ônus da prova em situações nas quais a versão não pareça crível, no que se exigirá a demonstração dos fatos constitutivos que afirmam seu direito. Pela mesma razão não se exigirá do fornecedor, via inversão, que produza prova sobre o óbvio ou o notório, bem como daqueles a que se refere o art. 374 do CPC/2015.

termina o artigo 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao artigo 535 do CPC. Precedentes. 4. Em segundo lugar, pacífico nesta Corte Superior o entendimento segundo o qual o Ministério Público, no âmbito de ação consumerista, faz jus à inversão do ônus da prova, a considerar que o mecanismo previsto no artigo 6.º, inc. VIII, do CDC busca concretizar a melhor tutela processual possível dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos e de seus titulares - na espécie, os consumidores -, independentemente daqueles que figurem como autores ou réus na ação. Precedentes. 5. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 125.3672/RS, 2.ª T., j. 02.08.2011, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 09.08.2011). No mesmo sentido: TJRS, AI 70044991495, 19.ª Cam. Civ.j. 10.04.2012, rel. Voltaire de Lima Moraes.

47. Veja-se: FLACH, Daisson. A verossimilhança no processo civil. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 41 e ss.
 48. Para o conceito, veja-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. Temas de direito processual civil, v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 62.

Uma questão importante, a este respeito, tem relação com a o direito à inversão do ônus da prova e a necessidade de produção de prova pericial indispensável ao deslinde da demanda. Cabe a pergunta se está contemplada no direito à inversão do ônus da prova a possibilidade de que o juiz impute o dever de arcar com as despesas para realização da perícia ao fornecedor réu da ação. No caso, se isso resultaria natural do direito à inversão do ônus da prova, ou se, ao contrário, tal providência seria excessivamente gravosa ao réu, inclusive comprometendo a isonomia das partes no processo. Por outro lado, não se pode perder de vista que o sentido da inversão do ônus da prova é justamente assegurar a igualdade das partes no processo.⁴⁹ Sob o ponto de vista lógico, contudo, a possibilidade de inverter o ônus da prova poderia trazer em seu sentido a admissibilidade da imposição das despesas com a produção da prova ao réu, uma vez que a prova em si pode ser considerada tanto em seu desfavor (uma prova que aproveite ao consumidor-autor), quanto, ao contrário, a determinação da impossibilidade de sua realização, ou mesmo que seu resultado material ser favorável à defesa.

Sobre o tema, controverso, há clara divisão na jurisprudência, indicando-se a possibilidade de imposição ao fornecedor, a partir da inversão do ônus da prova, dos custos para produção da prova pericial,⁵⁰ e outra posição, restringindo o sentido da regra que permite a inversão do ônus da prova apenas à situação de que deverá o fornecedor sofrer os efeitos da ausência de perícia.⁵¹ Naturalmente que o exame, pelo juiz, dos pedidos de produção de prova pelas partes deve ser feito com extrema prudência, sobretudo para evitar requerimentos de produção de provas excessivos ou sem conexão efetiva com os fatos controvertidos do processo, assim também em vista da paridade de armas que deve ser observada entre as partes na relação processual (art. 7.º).

Da mesma forma, o Código de Processo Civil de 2015 inova ao dispor sobre a prova pericial, consistente em exame, vistoria ou avaliação. O art. 464 do CPC/2015, contudo, define que o “O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável”. Por outro lado, prevê o CPC/2015, a possibilidade de que o juiz possa, de ofício ou a requerimento da parte substituir a perícia por prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade (art. 464, § 2.º). Consistirá a prova “na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico” (art. 464, § 3.º). Trata-se de relativa inovação no processo civil, embora já prevista no art. 35 da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), de um lado por trazer o depoimento pessoal do expert sobre os temas de prova, perante o juízo, podendo reduzir os debates de interpretação que por vezes acompanham o laudo pericial tradicional. Por outro

49. Neste sentido decidiu o STJ: “Código de Defesa do Consumidor. Prova. Inversão do ônus da prova. Perícia. Honorários. Construção civil. SFH. – O CDC assegura ao consumidor hipossuficiente o direito de exercer sua defesa em juízo. As regras legais que procuram efetivar esse princípio não criam privilégio a seu favor, apenas procuram estabelecer alguma igualdade entre as partes. – Perícia considerada indispensável para a ação em que se alega defeitos na construção do prédio adquirido por pessoas de baixa renda, pelo SFH, e que não foi feita porque os autores não reuniram o numerário suficiente para pagar os honorários do perito. – Renovação do julgamento da apelação a fim de que a Câmara aprecie a existência dos pressupostos de fato para a inversão do ônus da prova (artigo 6.º, VIII, do CDC). Recurso conhecido e provido em parte” (STJ, REsp 347.632/SP, j. 24.06.2003, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU 01.09.2003, p. 291).

50. STJ, AgRg no AREsp 798.652/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª T., j. 24.11.2015, DJe 01.12.2015.

51. STJ, AgRg no AgRg no AREsp 575.905/MS, Rel. Min. Raul Araújo, 4.ª T., j. 07.04.2015, DJe 29.04.2015

lado, por permitir maior flexibilidade e simplificação na coleta das informações relevantes para decisão. Neste sentido, converge a doutrina, igualmente, no sentido de que, embora silenciando o CPC/2015 sobre o procedimento de inquirição do expert, de ser dada oportunidade da partes e seus assistentes técnicos participarem da inquirição, em acordo com o direito ao contraditório e à ampla defesa.⁵²

1.3.3 Efetividade do processo

Uma das preocupações mais candentes em matéria de tutela de direitos é o da efetividade do processo. Isto porque, segundo a experiência prática amplamente reconhecida, a morosidade processual, e sua projeção excessiva no tempo, assim como a ausência de uma resposta prática adequada para o lesado que busca no Poder Judiciário a proteção legítima de seus interesses, vêm em prejuízo dos menos favorecidos, que não possuem condições, seja de arcar com os custos da demanda por período tão grande,⁵³ ou com a tibieza de seu resultado prático, assim como serve de estímulo ao ofensor do direito que é demandado, à repetição da conduta antijurídica. A noção de efetividade, neste sentido, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, constitui “expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítica-jurídica, atingindo em toda a sua plenitude todos os seus escopos institucionais”.⁵⁴

O microsistema do CDC, ao dispor sobre a tutela judicial do consumidor empregou grande ênfase à busca da efetividade desta proteção. Neste sentido, estabeleceu previsão tanto de novos direitos subjetivos, quanto de instrumentos para conferir maior amplitude e efetividade às normas de proteção estabelecidas. Neste sentido, tanto a possibilidade de provimentos antecipatórios dotados de coercitividade (como no caso do artigo 84 do CDC, e a imposição de multa por descumprimento⁵⁵), quanto à adoção de sentenças mandamentais, ou na ação coletiva, o aproveitamento dos efeitos úteis da sentença de procedência por todos os interessados

52. BRAGA, Paula Sarno. Comentários ao art. 364. In: WAMBIER/DIDIER JR./TALAMINI/DANTAS, Breves comentários..., p. 1181.; WAMBIER/CONCEIÇÃO/RIBEIRO/MELLO, Primeiros comentários..., p. 749.

53. Neste sentido a lição de: TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione*. Milano: Guiffrè, 1974. p. 276-277.

54. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 270.

55. “Agravamento de instrumento. Cadastro em órgãos de restrição ao crédito pendente demanda judicial. Fixação de multa diária para o caso de descumprimento de decisão judicial. 1 – Enquanto subsistia a existência do débito ou o montante que a ele corresponde, autorizada está a concessão da tutela antecipatória, no sentido de que seja suspensa a inscrição do nome do devedor nos cadastros de inadimplentes. Ilegitimidade do agravante por eventuais anotações efetuadas no CADIN e SCI, cadastros restritos às instituições financeiras federais. 2 – Cabível a fixação de multa para o caso de descumprimento de determinação judicial, que tem caráter coercitivo e objetiva a compelir a parte a agir conforme a decisão. Previsão expressa nas disposições do CDC, artigo 84, § 4.º. Fixação do diés a quo para a incidência da multa a partir da citação do devedor em eventual ação de execução de obrigação de fazer. 3. Conforme entendimento adotado por esta Câmara, não é possível a vedação do protesto de forma genérica, em ação ordinária de cunho revisional, sob pena de impedir o acesso do credor aos remédios legais previstos no ordenamento jurídico para satisfação do seu crédito. 4 – O artigo 6.º, VIII, do CDC permite que o julgador inverta o ônus da prova em favor do consumidor, comprovada a hipossuficiência deste. Tal dispositivo autoriza, então, que o juiz determine ao banco a juntada dos contratos firmados, até porque, normalmente, é ele o único detentor de tais

configura avanço considerável do processo de defesa do consumidor no CDC, incorporados, alguns deles, na sistemática geral do processo a partir das reformas do Código de Processo Civil iniciadas em 1994.

Existem no CDC três eixos básicos de promoção do direito à efetividade do processo: a) a possibilidade de prevenção do aparecimento do dano, por intermédio do provimento antecipatório; b) a ampliação da tutela coletiva a partir das normas consideradas no binômio legitimação para agir – efeitos da coisa julgada; e c) a facilitação da tutela do direito do consumidor, com a possibilidade de inversão do ônus da prova. No primeiro caso, o artigo 84 do CDC estabelece que nas ações de cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, o juiz concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem resultado prático equivalente, admitindo a conversão em perdas e danos apenas por opção do autor ou diante da impossibilidade de provimento específico. Da mesma forma, a antecipação da tutela⁵⁶ e a possibilidade de cominação de multa diária em caso de descumprimento são providências que vem notadamente em benefício do titular do direito. Inclusive no caso da antecipação da tutela, esta é expressamente prevista pelo artigo 84 do CDC, no tocante às ações visando o cumprimento específico das obrigações de fazer e não fazer. Este sistema se preserva em relação ao Código de Processo Civil de 2015. A interação entre os sistemas do CDC e do Código de Processo Civil anterior, reconhecida no direito brasileiro⁵⁷, preserva-se em relação ao CPC/2015. Isso é particularmente visível em relação às modalidades de tutela provisória prevista na nova legislação, que define melhor tecnicamente as hipóteses de antecipação de tutela – que é técnica processual – previstas no Código revogado (art. 273), e a tutela propriamente dita, que a realização do interesse do autor da ação.⁵⁸

O CPC/2015 distingue a tutela provisória em tutela de urgência e tutela de evidência. Afirma a legislação, de sua vez, a distinção entre a técnica processual de antecipação de tutela e a natureza da tutela em si, que poderá ser satisfativa ou cautelar (arts. 303 e 305). A tutela de urgência “será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (art.300, CPC/2015). Já a tutela de evidência terá lugar “independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de

documentos. Decisão monocrática dando parcial provimento (TJRS, AgIn 70.010.322.675, 12.ª Câm. Civ., j. 22.11.2004, rel. Marcelo Cezar Muller).

56. A antecipação da tutela é prevista expressamente pelo artigo 273 do CPC, desde a reforma de 1994. Sobre o tema, veja-se a lição de: ZAVASCKI, Teori. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 69.

57. MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 182.

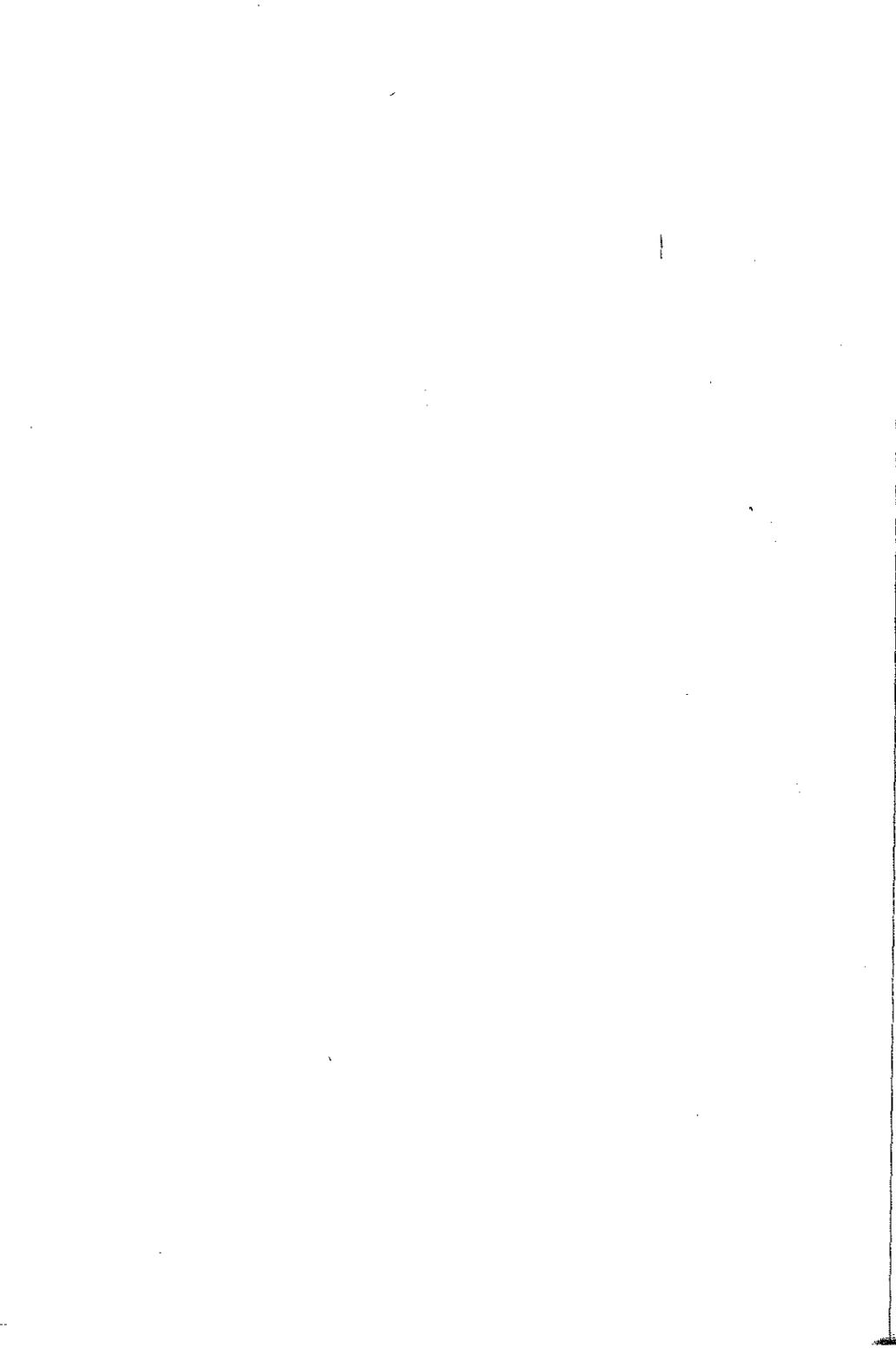
58. A distinção doutrinária, de grande relevância para compreensão, inclusive, da própria estrutura do CPC/2015, deita suas origens no direito comparado. Neste sentido, seja concedido remeter, pelo caráter didático da exposição, no direito italiano, de: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinario di cognizione*. Bologna: Il Mulino, 2006. p. 68 e ss.

gerar dúvida razoável (art. 313, CPC/2015). No caso das hipóteses dos incisos II e III, autoriza a norma que o juiz possa decidir liminarmente a questão (art. 313, parágrafo único). Segundo sugere a doutrina, a tutela de evidência justifica-se em face da inconsistência da defesa do réu⁵⁹, atual ou futura. Ou seja, de probabilidade em tal grau que se reveste como evidente, de modo a merecer um tratamento diferenciado em vista do tempo de duração do processo.⁶⁰

No caso das ações coletivas, o CDC estabelece ampla possibilidade de benefício dos interessados em relação aos efeitos de procedência das ações, uma vez que em matéria de direitos difusos e coletivos, a improcedência da ação coletiva, como refere o CDC, não prejudica os direitos individuais das partes, eventualmente conexos aos que foram objeto da ação (artigo 103, § 1.º), assim como em relação aos direitos individuais homogêneos, a improcedência não atinge os interessados que não tiverem intervindo no processo (artigo 103, § 2.º).

Assim, como afirma Bedaque, “a conscientização de que o processo vale não tanto pelo que é, mas fundamentalmente pelos resultados que produz, tem levado estudiosos a reexaminar os institutos processuais, a fim de sintonizá-los com a nova perspectiva metodológica da ciência”.⁶¹ Neste sentido, o CDC tem, também no campo do processo, o caráter renovador de incorporar normas com vista a uma maior efetividade, em vista da proteção do consumidor vulnerável que conserva, no processo para tutela jurisdicional dos seus direitos, uma condição de hipossuficiência em relação ao fornecedor.

-
59. MITIDIERO, Daniel. Comentário ao art. 311. In: WAMBIER/DIDIER JR./TALAMINI/DANTAS, Breves comentários..., p. 796.
60. FUX, Luiz. Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 321. Não escapa à doutrina que a concessão da tutela de evidência poderá resultar no efeito secundário de reduzir a resistência da parte demandada, estimulando a autocomposição do litígio. Conforme: PEYRANO, Jorge. Novedades processuais. Tutela de evidência. Revista de processo, v. 189. São Paulo: Ed. RT, nov./2010, p. 266-269.
61. BEDAQUE. *Direito e processo...*, p. 16. Registrando esta tendência processual de promoção da efetividade, porém recomendando seu balanceamento com as garantias processuais, veja-se: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. Revista de processo, v. 77. São Paulo: RT, jan.-mar./1995, p. 168-176.



DIMENSÃO COLETIVA DA TUTELA DO CONSUMIDOR

2

SUMÁRIO: 2.1 Tutela coletiva do consumidor – 2.2 Nova classificação dos direitos subjetivos e sua tutela processual: 2.2.1 Interesses ou direitos difusos; 2.2.2 Interesses ou direitos coletivos; 2.2.3 Interesses ou direitos individuais homogêneos – 2.3 Tutela coletiva no CDC e na Lei da Ação Civil Pública – 2.4 Legitimidade processual para defesa coletiva do consumidor: 2.4.1 Ministério Público; 2.4.2 União, Estados, Municípios e Distrito Federal; 2.4.3 Entidades ou Órgãos da Administração Pública; 2.4.4 Associações de consumidores; 2.4.5 Compromisso de ajustamento – 2.5 Ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos: 2.5.1 Competência; 2.5.2 Eficácia da decisão em caso de procedência do pedido; 2.5.3 Eficácia da decisão em caso de improcedência do pedido; 2.5.4 Liquidação e execução da sentença; 2.5.5 Prazo prescricional e ações coletivas – 2.6 Coisa julgada nas ações coletivas: 2.6.1 Coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos ou interesses difusos; 2.6.2 Coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos ou interesses coletivos; 2.6.3 Coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos; 2.6.4 Coisa julgada *in utilibus*; 2.6.5 Competência do juízo e efeitos da coisa julgada; 2.6.6 Concomitância de ações coletivas; 2.6.7 Custas processuais e honorários profissionais (advocaticios e periciais) – 2.7 Dimensão coletiva e tutela individual do consumidor: julgamento de casos repetitivos: 2.7.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas; 2.7.2 Recursos especial e extraordinário repetitivos.

2.1 TUTELA COLETIVA DO CONSUMIDOR

A ideologia tradicional do processo civil, compreendia o fenômeno da relação processual exclusivamente como hipótese de conflito intersubjetivo, entre indivíduos que disputavam entre si, com a mediação e decisão do Estado, um determinado bem da vida que polariza seus interesses.

Atualmente, assim como as relações jurídicas tornam-se massificadas, os conflitos dela decorrentes assumem este mesmo caráter, dando ensejo a conflitos de massa (*mass tort cases*), cuja dinâmica e eficácia deve obedecer este caráter amplo, redefinindo aspectos como a legitimação ativa e os efeitos da decisão em vista desta nova característica.¹ As vantagens da tutela

1. Veja-se a respeito, as importantes observações de CAPELETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, n. 3, p. 361-402. Milano: Giuffrè, 1975.

coletiva de direitos são evidentes, pelo simples fato de que, a partir de uma só ação,² resulta decisão cuja eficácia destina-se à proteção de todos os titulares de direito violado.³

A tutela coletiva de direitos, a princípio, comporta o reconhecimento de interesses coletivos a serem reconhecidos e protegidos. Neste sentido, três são os sentidos mais assentes do que se deva considerar como interesse coletivo. Primeiro, a noção de interesse coletivo como *interesse pessoal de um determinado grupo*. Em seguida, seu reconhecimento como *soma de interesses individuais*. E por fim, a noção de interesse coletivo como *síntese de interesses individuais*, hipótese em que interesses individuais são “atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum” dando origem a uma espécie de *fenômeno coletivo*.⁴

Contudo, além destes fatores, aponta Rodolfo de Camargo Mancuso, “o processo coletivo, por sua notória aptidão para resolver – com menor custo e duração – conflitos de largo espectro, próprios de uma sociedade de massa, por certo vem somar ao esforço que hoje se desenvolve para a consecução de um novo modelo, onde uma resposta judiciária possa resolver os megaconflitos, em modo isonômico, antes que eles se fragmentem em multifárias ações individuais”.⁵

O CDC, ao regular a defesa do consumidor em juízo, privilegia a criação de uma nova sistemática de tutela de direitos, a título coletivo. Para tanto, estabelece a classificação de novas espécies de interesses e direitos a serem protegidos mediante tutela coletiva: os *interesses e direitos difusos, coletivos e os individuais homogêneos*. O traço comum entre todos eles é a pluralidade de titulares, a justificar sua proteção por uma mesma e única demanda. Distinguem-se, entretanto, quanto ao traço da sua divisibilidade ou não. Enquanto os interesses e direitos difusos e coletivos caracterizam-se como transindividuais, ou seja, são indivisíveis e percebidos do mesmo modo por todos os seus titulares, os interesses e direitos individuais homogêneos são passíveis de proteção coletiva em vista de sua origem comum, mas percebidos pelos seus titulares de modo individual.

Com relação aos interesses e direitos individuais homogêneos, contudo, sua divisibilidade e a possibilidade de serem tutelados individualmente, faz com que o CDC refira à possibilidade de que a pretensão objeto desta demanda seja reclamada tanto por intermédio de ação coletiva, quanto por cada titular do direito em questão, isoladamente, mediante demanda individual. A convivência da legitimação coletiva com a possibilidade de postulação individual

2. Esta facilitação decorrente da maior eficácia da tutela coletiva é demonstrada, a *contrario sensu*, pelos esforços do legislador, no processo de reformas do Código de Processo Civil em reduzir ou limitar a formação dos chamados litisconsórcios multitudinários, em que o contingente de autores de uma mesma ação sejam muito numerosos. Neste sentido parece ter vindo a redação do parágrafo único do artigo 46 do antigo CPC, ora reproduzido no art. 113, § 1.º, do CPC/2015, que refere: “O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença”. O § 2.º do mesmo art. 113, consta: “O requerimento de limitação interrompe o prazo para manifestação ou resposta, que recomeçará da intimação da decisão que o solucionar”.
3. GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos no direito comparado. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.) *A tutela dos interesses difusos*, p. 78-84.
4. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004. p. 55.
5. MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: RT, 2006. p. 75.

configura a denominada *legitimação concorrente disjuntiva*.⁶ A decisão do titular do direito em interpor ação individual ou de mantê-la no caso da interposição da ação coletiva ser posterior, paralisa em relação a si os efeitos da sentença da demanda coletiva quando esta for de improcedência. Neste sentido o artigo 103, § 2.º refere que, na hipótese dos direitos individuais homogêneos, “em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”.

O exame da tutela coletiva do consumidor assim, comportará, em primeiro lugar, a classificação dos interesses e direitos em disputa. Em segundo lugar, a legitimação ativa para promoção das ações coletivas e os efeitos da sentença de procedência do pedido. Por terceiro, o exame as regras atinentes à liquidação e execução do julgado.

2.2 NOVA CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS SUBJETIVOS E SUA TUTELA PROCESSUAL

A determinação de uma nova sistemática de tutela coletiva de direitos passa pelo reconhecimento do quais espécies de direitos serão objeto desta via processual. Inspirados no direito estrangeiro,⁷ a construção conceitual de novas espécies de direitos tuteláveis pela via coletiva tem como aspecto característico sua vinculação a fins eminentemente processuais, ainda que em muitos casos, possa se reconhecer um caráter material em sua definição (por exemplo, a definição do direito ao meio ambiente como espécie de direito difuso, porque de titularidade difusa, cuja proteção, por conceito, deve se dar sempre pela via coletiva).

O artigo 81, parágrafo único, do CDC estabeleceu três espécies de interesses e direitos passíveis de tutela pela via coletiva: os *interesses ou direitos difusos*, os *interesses ou direitos coletivos*, e os *interesses ou direitos individuais homogêneos*, definindo-os nos seguintes termos: “I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Alguma discussão – de resto hoje sem maior repercussão prática –, houve com relação à utilização da expressão combinada direitos e interesses, para designar as espécies passíveis de proteção via ação coletiva. Neste sentido, ensina Rodolfo de Camargo Mancuso que “o acesso à

6. Sobre esta característica do sistema brasileiro, mesmo antes da Lei da Ação Civil Pública e do CDC, encontrava exemplo na legitimação conferida à ação popular, como bem observa Barbosa Moreira, ao examinar o disposto na Lei 4.717/65. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984. p. 98-106.

7. Notadamente, repetem-se como fontes inspiradoras do direito brasileiro sobre o tema as obras dos italianos: VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giuffrè, 1979; e TROCKER, Nicollò. *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi con particolare riguardo allà protezione del consumatori contro atti di concorrenza sleale: analisi comparativa dell'esperienza tedesca. La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976. Já no que se refere aos direitos individuais homogêneos, predomina a influência norte-americana das *class actions for damages*. A respeito veja-se: KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M.; MALVEAUX, Suzzette. *Class Actions and Other Multi-Party Litigation: Cases and Materials*. 2. ed. West Group Publishing, 2006.

justiça não é só franqueado a quem se afirma a titularidade de um direito subjetivo resistido ou insatisfeito, bem podendo ser judicializado um interesse, desde que legítimo (direitos reflexivamente protegidos)".⁸ O que muda, contudo, segundo o professor paulista, é o "critério para se caracterizar o interesse que é jurisdicionável: antes era só a titularidade que conduzia ao regime da coincidência entre a pessoa titular do direito e o autor da ação (legitimação ordinária); hoje evoluiu-se para o critério da relevância social, acoplado à idoneidade da representação em juízo".⁹

Assim, o CDC adota solução salomônica ao prever de modo conjunto a proteção de interesses e direitos. Isto porque, em certas circunstâncias, existirá dificuldade na definição de um determinado bem jurídico passível de proteção como direito subjetivo, em acordo com o significado que tradicionalmente lhe vem sendo indicado pela doutrina. A proteção dos consumidores não se conforma apenas em relação àqueles que tenham sido sujeitos de relações de consumo, senão a toda a coletividade, que envolve tanto quem tenha celebrado contratos de consumo, quanto esteja simplesmente exposto às práticas do mercado, sem necessariamente possuir vínculo jurídico formal com fornecedores ou quem tenha violado as normas previstas no CDC. Esta conclusão, aliás, é que emerge do disposto no parágrafo único do artigo 2.º do CDC, que ao lado da definição de consumidor *standard*, refere: "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo".

Examinemos, pois, as espécies de direitos ou interesses previstos no CDC.

2.2.1 Interesses ou direitos difusos

Os interesses ou direitos difusos, como mencionamos, são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Trata-se de direitos ou interesses que independem da existência de uma relação jurídica anterior entre seus titulares e aqueles contra quem serão tutelados. Há, neste sentido, uma cadeia abstrata de pessoas, cujo interesse real ou presumido pela norma, autoriza sua proteção pela via exclusiva da ação coletiva.

Segundo ensina Hugo Nigro Mazzilli, a distinção entre interesses e direitos difusos e coletivos se dá tanto com relação à origem da lesão, quanto da abrangência do grupo. Ensina então, que os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito ao grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica. Por sua vez, os interesses coletivos dizem respeito ao grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis. Possuem, todavia, um ponto de contato, que é a indivisibilidade do interesse.¹⁰

Em termos conceituais, então, ensina Mancuso ao definir os interesses difusos como "interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluído, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g. o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. os consumidores). Caracterizam-se: pela

8. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 46.

9. *Idem*, p. 47.

10. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 50-53.

indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço".¹¹ Note-se que os titulares destes interesses difusos podem estar circunscritos a uma determinada região ou mesmo a uma unidade da federação, conforme a projeção da atuação daquele contra quem se dirige a pretensão, mantendo-se, contudo, indefinida a titularidade numérica dos interessados.

Em direito do consumidor, considerando que o mercado de consumo em termos de proteção normativa do CDC, é integrado por consumidores efetivos e todos aqueles expostos às práticas de mercado, são exemplos de interesses difusos passíveis de tutela coletiva os dos consumidores expostos à publicidade enganosa ou abusiva, ou ainda a práticas comerciais abusivas, mesmo que não tenham adquirido ou utilizado qualquer produto ou serviço. Isto porque quem sofre tais práticas resta exposto aos prejuízos decorrentes das mesmas, como é o caso de serem convencidos ao consumo, ou ainda serem afetados de algum modo com a atuação ilícita do consumidor. Basta, neste sentido, esta potencialidade de dano, para que haja o interesse difuso de todos os consumidores de coibir a continuidade do ilícito, reprimir a iniciativa via ação de reparação (que reverte em favor do fundo de direitos difusos) ou outros meios previstos em lei (e.g. contrapropaganda), ou ainda a prevenção de futuros comportamentos ilícitos com o mesmo teor.

Da mesma forma ocorrerá com relação ao direito à saúde e a segurança do consumidor, que dentre as projeções que alcança, está a proteção do direito do consumidor contra produtos nocivos ou perigosos à saúde. Tendo sido colocados estes produtos no mercado, em desacordo com as normas do CDC (artigos 8.º a 10), nasce o interesse difuso dos consumidores em coibir a prática, por intermédio da proibição de colocação destes produtos no mercado, assim como sanção pelo ilícito, por intermédio de multa ou quaisquer das demais sanções cabíveis, dentre as relacionadas no artigo 56 do CDC.

2.2.2 Interesses ou direitos coletivos

Com relação aos direitos ou interesses coletivos, define-os o artigo 81, parágrafo único, II, como os *transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*. Ou seja, são direitos cujo vínculo de identidade refere-se a uma relação jurídica básica existente antes da lesão ou ameaça de lesão a ser tutelada.

No caso dos interesses ou direitos coletivos, uma vez que existe uma relação jurídica base que vincula a todos os titulares do direito a ser tutelado, percebe-se que os titulares destes direitos serão identificáveis e determináveis, uma vez que pertencerão a categoria ou grupo vinculado entre si, ou a parte contrária. Neste sentido refere Kazuo Watanabe: "Nas duas modalidades de interesses ou direitos difusos, é a determinabilidade das pessoas titulares, seja por meio da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional, ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)".¹²

11. MANCUSO. *Interesses difusos...*, p. 150.

12. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, p. 805. No mesmo sentido: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002. p. 107.

Em direito do consumidor, as circunstâncias da existência de um interesse ou direito coletivo passíveis de proteção são variadas. Tem-se um interesse coletivo sempre quando houver controvérsia acerca de determinada estipulação contratual, quando o interesse da parte seja o de anular, suspender ou modificar os termos do ajuste. Assim, por exemplo, quando se discute um índice de reajuste abusivo frente aos índices praticados no mercado (e.g. mensalidades escolares,¹³ de planos de saúde).¹⁴

Daí porque tenha o CDC, ao tratar dos efeitos da sentença nas ações coletivas relativas a direitos e interesses coletivos, estabelecido sua eficácia *ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe* (artigo 103, III), ou seja, que a decisão só atingirá os titulares de direito vinculados aquele interesse protegido, a partir da relação jurídica base que define esta categoria de interesses tuteláveis.

2.2.3 Interesses ou direitos individuais homogêneos

O artigo 81, parágrafo único, III, estabelece os interesses ou direitos individuais homogêneos, como os *decorrentes de origem comum*. A necessidade da determinação precisa do que se deva entender por interesses ou direitos individuais homogêneos é de grande importância na sistemática da tutela coletiva do consumidor e do processo coletivo como um todo. A definição legal referida no artigo 81 do CDC, como sendo aqueles de “origem comum” parece ser excessivamente amplo para admitir uma adequada identificação dos interesses em questão. Note-se que critério semelhante é adotado para a determinação do litisconsórcio facultativo previsto no artigo 46 do CPC (“mesmo fundamento de fato e de direito”). Ou seja, em termos práticos, parece ser necessário distinguir em quais pretensões há o traço de homogeneidade e em quais há de representar simples soma de pretensões, a ensejar a ação plúrima, mediante litisconsórcio facultativo. Daí porque a doutrina e jurisprudência contemporânea vêm adotando outros critérios, dentre os quais sugere Mancuso, “a predominância da dimensão coletiva sobre a individual, aliada à superioridade, em termos de eficácia, da tutela coletiva sobre a individual”.¹⁵

A origem da tutela dos direitos individuais homogêneos está no direito norte-americano, por intermédio do desenvolvimento das *class actions*, segundo a qual qualquer interessado pode ingressar com ação em representação dos demais, o que não ocorre no Brasil frente à expressa

13. “Ação civil pública. Cobrança antecipada e reajuste das mensalidades escolares. Legitimidade ativa ad causam do Ministério Público. 1. As Turmas que compõem a 2.ª Seção deste Tribunal são competentes para decidir questões relativas a reajustes de mensalidades escolares por estabelecimentos de ensino particulares. Precedentes da Corte Especial. 2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para impedir a cobrança antecipada e a utilização de índice ilegal no reajuste das mensalidades escolares, havendo, nessa hipótese, interesse coletivo definido no artigo 81, II, do CDC. 3. A atuação do Ministério Público justifica-se, ainda, por se tratar de direito à educação, definido pela própria Constituição Federal como direito social. 4. Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 138.583/SC, j. 06.08.1998, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).
14. “Processual civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Planos de saúde. O Ministério Público detém legitimidade para a propositura de ação civil pública com o fito de obter pronunciamento judicial acerca da legalidade de cláusulas constantes de contrato de plano de saúde. A legitimação extraordinária justifica-se pelo relevante interesse social e pela importância do bem jurídico a ser tutelado” (STJ, REsp 208.068/SC, j. 08.10.2001, rel. Min. Nancy Andrighi).
15. MANCUSO. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 76.

indicação dos legitimados pela norma.¹⁶ Nos países de *common law*, as *class actions* desenvolveram-se sob a influência da *equity*,¹⁷ de modo a permitir que se levasse ao tribunal demanda proposta em favor de um grande número de pessoas (indivíduos ou organizações) que possuam interesses comuns. Ou seja, uma pessoa ou pequeno grupo de pessoas passam a representar um grupo maior de indivíduos nas hipóteses em que o grande número de titulares de interesses veiculados na ação não tenham possibilidade real de intervir (poderão ser milhares de titulares deste direito, geograficamente afastados), ou possa dar causa a dificuldades em relação ao trâmite da demanda.¹⁸

Segundo refere Ada Pellegrini Grinover, o sistema do CDC, ao prever a tutela dos interesses individuais homogêneos, inspirou-se nas *class actions for damages* do direito norte-americano, entretanto com algumas distinções. Assim, por exemplo, a previsão relativa aos efeitos da coisa julgada *erga omnes* que só alcança todos os titulares dos interesses individuais tutelados na ação coletiva na hipótese de procedência da ação (artigo 103, III), ou seja, para beneficiá-los. Caso contrário, permanecem os titulares com o direito a promover suas ações individuais, na hipótese de improcedência da ação. Neste sentido, são requisitos para admissibilidade das *class actions* no direito norte-americano quando “um ou mais membros de uma classe podem processar ou serem processados representando todos, apenas se (1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável, (2) há questões de direito ou de fato comuns à classe, (3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe e (4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe”.¹⁹

As *class actions* foram previstas em definitivo no direito norte-americano, a partir das *Federal Rules of Civil Procedure*, primeiro editadas em 1938 e após, complementadas e consolidadas em seu perfil atual, em 1966. Esta última alteração, aliás, que estabeleceu dois requisitos adicionais para efeito de admissão da *class action*, quais sejam: “A prevalência das questões de direito e de fato comuns em relação às questões de direito ou de fato individuais, e a superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença”.²⁰

Tratam-se os direitos individuais homogêneos, antes de tudo, de direitos individuais. Logo, sua proteção pela via coletiva vai depender ainda de dois requisitos, quais sejam: sua *homogeneidade* e *origem comum*. A origem comum dos direitos pode decorrer tanto de circunstância de fato, quanto de direito, não necessitando haver uma unidade de fato ou de tempo.²¹ Esta origem comum pode ser próxima ou remota, sendo que esta distinção será útil para definição do grau de homogeneidade dos direitos postulados. Exemplifica Kazuo Watanabe, como causa próxima ou imediata, a queda de um avião que vitima diversas pessoas; como causa remota ou mediata, a hipótese de dano à saúde, causada por produto nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais, ou o uso inadequado do produto.²² O traço da homogeneidade, que é

16. ALMEIDA. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 251.

17. MANCUSO. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 29.

18. LEONEL. *Manual do processo coletivo*, p. 65.

19. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 855-856.

20. *Idem*, p. 857.

21. Segundo ensina Teori Albino Zavascki, no esteio da lição de José Carlos Barbosa Moreira, tratam-se na verdade de “direitos acidentalmente coletivos”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006. p. 54.

22. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 807.

requisito adjetivo à existência do direito visando a promoção de sua satisfação via tutela coletiva, será examinado pelo juiz quando da apreciação do pedido e da causa de pedir, ocasião em que deverá identificar os elementos comuns entre os diversos interesses emergentes de uma mesma situação de fato, caracterizando ou não a prevalência dos interesses comuns em relação aos individuais.

Em direito do consumidor, na experiência brasileira vem sendo rica na tutela de interesses e direitos individuais homogêneos, como no caso de indenizações decorrentes de acidentes de consumo envolvendo grande número de vítimas. Assim, por exemplo, os casos da explosão de um *shopping* na cidade de Osasco, em São Paulo,²³ ou o caso do desabamento do edifício Palace, no Rio de Janeiro. Ou, ainda situações de produtos defeituosos que terminam por causar danos aos consumidores, como foi o caso dos placebos vendidos como anticoncepcionais (caso Microvlar), que por isso não serviram aos fins a que se destinavam, dando causa a situações de gravidez indesejada e determinando a indenização.²⁴

2.3 TUTELA COLETIVA NO CDC E NA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A sistemática da tutela processual coletiva genérica no direito brasileiro foi inaugurada pelo advento da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), que disciplinava a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, posteriormente acrescentada da infração à ordem econômica e a todo e qualquer outro interesse difuso ou coletivo. A Lei da Ação Civil Pública representou grande avanço com relação ao reconhecimento de interesses difusos e coletivos passíveis de proteção, assim como o estabelecimento, pela primeira vez, de um ampla legitimação para interposição das ações, indicando-as ao Ministério Público, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, assim como às associações civis a possibilidade de promover a demanda a título coletivo, em representação dos interessados. A partir da Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007, que veio alterar a redação da Lei 7.437/85,²⁵ passou a incluir-se dentre os legitimados ativos a Defensoria Pública, firmando um grande marco para o papel institucional deste Órgão de Estado, de assistência jurídica aos necessitados.

A regulação da tutela coletiva, inaugurada pela Lei da Ação Civil Pública, foi seguida pelo Código de Defesa do Consumidor, ao definir o objeto da proteção processual (a definição dos interesses envolvidos), a legitimação e os efeitos da coisa julgada. Daí que, como já tivemos oportunidade de referir, “um dos principais traços do CDC em matéria processual é sua decisiva interlocução com a Lei da Ação Civil Pública, seja no sentido de utilizar-se, na defesa coleti-

23. STJ, REsp 279.273/SP, j. 04.12.2003, rel. Min. Ari Pargendler, rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 29.03.2004, p. 230.

24. STJ, REsp 866.636/SP, j. 29.11.2007, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 06.12.2007, p. 312.

25. O artigo 5.º da Lei 7.437/85, após a alteração estabelecida pela Lei 11.448/2007, passou a vigor do seguinte modo: “Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público; II – a Defensoria Pública; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

va do consumidor, dos instrumentos previstos naquela, mas principalmente introduzindo novas disposições naquela lei, a partir das contribuições que a experiência no curso dos cinco anos entre a edição da primeira em relação à instante de promulgação do Código. Em grande medida o CDC e a Lei da Ação Civil Pública constituem, em matéria de tutela coletiva dos direitos, um só universo, cujas normas de ambos os diplomas legislativos dialogam entre si".²⁶ Esta noção de diálogo de fontes, desenvolvido relativamente ao direito material pela lição de Claudia Lima Marques,²⁷ tem como resultado mais significativo a adoção nos processos sob a égide da LACP, de regras sobre situações que sua redação original silenciava, como é o caso da ampliação da legitimação para agir (ora superado pelo advento da Lei 11.448/2007), os efeitos da coisa julgada, a possibilidade de liquidação e execução individual do julgado, ou mesmo a possibilidade de defesa coletiva de interesses e direitos individuais homogêneos concebidos pelo CDC.

Note-se que esta interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o CDC a princípio, teria sido impedida pelo veto presidencial ao artigo 89, do CDC, que expressamente o previa. Contudo, a preservação da vigência do artigo 117 do CDC, que introduziu o artigo 21 da LACP, com redação semelhante à disposição vetada. A partir desta disposição desenvolve-se o diálogo de complementaridade e de coerência entre as normas, uma vez que o CDC estabelece as definições aplicáveis à tutela coletiva, tanto na proteção dos consumidores, quanto dos demais interesses difusos e coletivos previstos no ordenamento brasileiro. Não procedem assim, as interpretações restritivas da aplicação do regime da tutela coletiva previsto no CDC, confinando-o à aplicação para proteção apenas dos interesses de consumidores. A interação dos sistemas, firmado pelo artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública, implica a aplicação comum das disposições do CDC às situações reguladas pela Ação Civil Pública, e no sentido inverso.

2.4 LEGITIMIDADE PROCESSUAL PARA DEFESA COLETIVA DO CONSUMIDOR

Em nosso sistema processual, o direito de ação é conferido, como regra, ao titular do direito ou interesse a ser satisfeito por intermédio da tutela jurisdicional. Em caráter excepcional confere-se este direito a outros órgãos e entidades, visando a legitimidade para demandar em favor dos legitimados, em regime de substituição processual. Ao mesmo tempo em que configuram uma opção do legislador, em estabelecer um rol de legitimados para exercício do direito de demanda, a questão da legitimação envolve também uma questão técnica, relativa a sua adequação à realidade social, e à efetividade da proteção normativa veiculada por intermédio da tutela a que se referem os legitimados. O artigo 82, do CDC, ao relacionar os legitimados para promoção da tutela coletiva do consumidor, estabeleceu: "Para os fins do artigo 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". Trata-se de espécie de legi-

26. Assim referimos em nossos comentários ao CDC: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 1.247.

27. *Idem*, p. 25-58.

titimação concorrente disjuntiva, pela qual qualquer um dos legitimados arrolados no preceito legal pode agir de modo autônomo, sem a concordância dos demais, assim como preserva ao particular o direito de promover – tratando-se de direitos individuais homogêneos – sua ação individual, se assim entender, que não se vê sobrestada pelo advento da ação coletiva.

Distingue-se, doutrinariamente, a existência de uma legitimação ordinária e extraordinária para proposição das demandas. A legitimação ordinária, diz-se quando o direito de postular em juízo é conferido ao titular do respectivo direito subjetivo objeto da demanda. Já a legitimação extraordinária ocorre quando esta coincidência entre o titular do direito de ação não é o mesmo titular do direito objeto da ação, circunstância em que seu direito de agir decorre de previsão normativa específica.

Uma questão candente em matéria de tutela coletiva de direitos é se a legitimação dos órgãos e entidades previstos na lei é da espécie legitimação ordinária ou extraordinária. Defende Márcio Mafra Leal que a legitimação dos órgãos e entidades para a interposição de ações visando a tutela de direitos difusos e coletivos seria extraordinária, sobretudo em consideração do fato de que não haveria, nestas hipóteses, um titular de direito substantivo determinado para propor a ação.²⁸ Segundo Nelson Nery Júnior, a hipótese neste caso não seria de legitimação ordinária ou extraordinária, mas sim de legitimação autônoma, mediante expressa previsão legal.²⁹ Rodolfo Mancuso, de sua vez, faz referência à uma legitimação anômala.³⁰ Thereza Alvim qualifica como legitimação institucional.³¹

Na verdade, devem ser separados os interesses passíveis de tutela por ação coletiva em dois grupos: os *transindividuais*, compostos pelos interesses difusos e coletivos, e os *individuais homogêneos*. No primeiro caso, tratando-se de direitos sem titulares determinados (ainda que, com relação aos interesses coletivos, sejam determináveis), parece-nos caber com acerto a referência doutrinária à existência de uma legitimação autônoma, porquanto a legitimidade *ope legis* dos órgãos e entidades previstos na norma do artigo 82 do CDC, se dá em relação a interesses cuja tutela via coletiva é adequada à própria natureza do direito e à ausência de titulares habilitados a promoverem a demanda. Já no que se refere aos interesses ou direitos individuais homogêneos, considerando que os legitimados para a ação não são titulares do interesse ou direito postulado em juízo, havendo no caso, sua substituição processual pelos órgãos e entidades indicados na Lei, é possível falar-se neste caso de legitimação extraordinária, mediante expressa previsão legal, uma vez que quem pode interpor a ação não será titular do direito a que ela visa, mas ao contrário, aparece como substituto processual dos titulares, que inclusive poderão optar por promover a demanda individual a par da ação coletiva, em face da chamada legitimação concorrente disjuntiva.

Ainda nesta questão, e com referência especial às ações coletivas para tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, é interessante observar que em relação a sua fonte inspiradora no direito norte-americano – as *class actions*. Enquanto neste a legitimação pode ser

28. MAFRA LEAL. *Ações coletivas...*, p. 125-126.

29. NERY JÚNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, p. 220. São Paulo: RT, jan.-mar. 1992; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela dos interesses coletivos-difusos no direito brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 192, p. 159. Porto Alegre: Smtese, p. 5; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*.

30. MANCUSO, Rodolfo de Camargo et alli. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 340.

31. ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: RT, 1996. p. 119.

conferida a um dos titulares do direito que demonstrar aptidão para levar adiante a ação, no direito brasileiro o rol de legitimados já é determinado a princípio na lei (artigo 82 do CDC). Este exame, no direito norte-americano, é realizado mediante o juízo sobre a existência ou não da representatividade adequada (*adequacy of representation*). Este exame da representatividade adequada, contudo, não abrange todos os possíveis legitimados. Com relação aos órgãos estatais, a princípio esta representatividade é presumida.³² Já em relação aos particulares que buscam ter reconhecida sua legitimação, sejam eles associações ou indivíduos, deverá haver uma apreciação prévia do juiz quanto à sua representatividade para proposição de uma ação coletiva.

No caso das associações, sua representatividade será avaliada de modo a verificar sua credibilidade e aptidão para promover e sustentar uma demanda coletiva, a partir do modelo das *organizational private attorney general*.³³ Já no caso do indivíduo que tenha sido vítima de lesão a um direito seu, e deseje qualificar-se como autor coletivo, pode requerer autorização ao tribunal, denominada *certification order*, a partir da qual a ação passa a ser processada como demanda coletiva, permitindo a extensão dos efeitos da coisa julgada para os demais membros da classe.³⁴ Neste exame, distinguiram-se as *class actions* em diversas espécies, dentre as quais aquelas que seriam essencialmente coletivas (*true e hybrid class actions*) e as que apenas em sua forma de demanda assumiria feição coletiva, por conta dos sujeitos interessados estarem reunidos na mesma ação, mas limitando os efeitos da decisão apenas aos partícipes da demanda (*spurious class action*).³⁵ Como refere Rodolfo de Camargo Mancuso, a *Rule 23*, do *Federal Rules of Civil Procedures*, delineou o perfil contemporâneo das *class actions* a partir da alteração de 1966, seguida pela alteração de 1998, de cuja redação vigente pode-se destacar alguns aspectos: "(i) ênfase na adequada representação como situação legitimante para o autor ideológico; (ii) exigência de que prevaleçam os aspectos que uniformizam os interesses no interior da classe, sobre os elementos que os distinguem; (iii) a deliberação judicial quanto a superioridade do trato processual coletivo, no contraste com o que se obteria com o fracionamento do conflito em múltiplas demandas individuais; (iv) superação da precedente distinção entre *true, hybrid e spurious class actions*, tornando-se uma só a demanda coletiva, certos que apenas o seu conteúdo é que pode ser formado por interesses: (a) ligados ou comuns, sendo esse o tipo-padrão, ou ainda (b) exercidos em face da classe, em modo de uma *injunction*, tomando natureza declaratória (*declaratory relief*), ou enfim (c) concernentes a sujeitos coalizados entre si de maneira uniforme, por conta de uma dada conduta da parte indigitada do polo passivo".³⁶

No direito brasileiro, ainda que a legitimação ativa para promoção das ações coletivas – incluída aí, as de defesa dos interesses individuais homogêneos –, decorra da lei, sustenta a doutrina, a utilidade da adoção do critério da representatividade adequada para efeito de controle do acesso à via coletiva. Neste sentido refere Kazuo Watanabe, observando o caso de demandas coletivas levadas a efeito por associações que, embora obedecendo aos requisitos legais, "não apresentam a credibilidade, a seriedade, o conhecimento técnico-científico, a capacidade econômica, a possibilidade de produzir uma defesa processual válida, dados sensíveis esses que constituem as características de uma representatividade idônea e adequada".³⁷ Da mesma forma

32. MAFRA LEAL. *Ações coletivas...*, p. 127.

33. *Idem*, p. 131.

34. *Idem*, p. 133. MANCUSO. *Jurisdição coletiva...*, p. 41-42.

35. *Idem*, p. 35.

36. *Idem*, p. 37.

37. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 825.

crítica, o eminente jurista paulista, a atuação do Ministério Público em algumas circunstâncias, nas quais, em sua visão, este órgão desborda das funções que lhe são conferidas pela Constituição e pela lei. Sustenta, pois, o cabimento e a possibilidade do controle judicial da *representatividade adequada* em nosso sistema processual,³⁸ o que transparece, a seu ver, das decisões dos tribunais brasileiros acerca da legitimidade do Ministério Público para defesa dos direitos individuais homogêneos.³⁹

Neste sentido, aliás, encaminha-se o recentemente divulgado Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, decorrente de trabalho liderado pela Professora Ada Pellegrini Grinover, ao estabelecer tanto a legitimação das associações, quanto de pessoas físicas, a demonstração da sua representatividade adequada,⁴⁰ por intermédio de: a) a credibilidade,

38. De um modo geral, sustenta Teori Zavascki a necessidade de pertinência entre a atuação e as finalidades dos Órgãos, pessoas e entidades legitimadas e o objeto da ação coletiva proposta. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 75.

39. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 825.

40. Assim o artigo 19 do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos: "Artigo 19. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo; III – o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de relevante interesse social; IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, neste último caso quando os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas forem predominantemente hipossuficientes; V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos; VI – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código; VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria; VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais; IX – as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros. § 1.º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda; § 2.º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte. § 3.º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. § 4.º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. § 5.º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados. § 6.º Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. § 7.º

capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; e c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

Parece clara a utilidade do critério da representatividade adequada para o controle dos critérios de efetiva pertinência da atuação de uma determinada associação legitimada por lei, sobretudo em favor de que o Poder Judiciário não dê sequência a ações notadamente sem embasamento legal, visando, muitas vezes, apenas constranger ou intimidar o réu, como espécie de chantagem judicial (*judicial blackmail*). Contudo, a eleição dos critérios para aferição desta representatividade do autor coletivo é crucial para a determinação da eficácia da própria regra de legitimação coletiva consagrada, entre nós, no CDC. Não é demais lembrar que, em sua primeira versão, o Anteprojeto de Código de Processos Coletivos previa, dentre os critérios para avaliação da representatividade adequada, a "capacidade financeira para condução do processo coletivo".⁴¹ Conhecendo-se a situação da maioria das associações de consumidores no Brasil, contudo, a comprovação destas condições seria na maior parte das vezes impossível de ser realizada, em vista do patrimônio escasso ou praticamente inexistente destas entidades. Tanto isto é verdade, que a regra prevista no CDC, em seu artigo 87, determina justamente que nas ações coletivas "não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais", o que abrange tanto a ação principal, quanto eventuais ações preparatórias.⁴²

O CDC ao regular a legitimação ativa dos órgãos e entidades para interposição das ações coletivas, indicou expressamente em seu artigo 82, a legitimidade do Ministério Público, das pessoas políticas União, Estados, Município e Distrito Federal, dos órgãos e entidades da Administração Pública Direta ou Indireta, como ou sem personalidade jurídica, destinados à defesa dos interesses dos consumidores (e.g. PROCON),⁴³ e as associações legalmente consti-

Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no § 3.º deste artigo. § 8.º Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 7.º deste Código. § 9.º O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes".

41. Conforme transcrição de: WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 827.
42. "Agravado de instrumento. Direito privado não especificado. Ação cautelar de exibição de documentos. Tratando-se de ação preparatória para o ajuizamento de ação civil pública, não há que se falar em adiantamento de custas pelo autor coletivo, aplicando-se à espécie as regras inscritas no artigo 18, da Lei de Ação Civil Pública, e no artigo 87, do CDC. Precedentes desta Corte. Agravado de instrumento provido" (TJRS, Agln 70.012.485.199, 14.ª Câm. Civ., j. 03.08.2005, rel. Des. Rogerio Gesta Leal).
43. "Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Cobrança de taxas indevidas. Candidatos a inquilinos. Administradoras de imóveis. Legitimidade ativa do Procon - Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio da Procuradoria Geral do Estado para ajuizar ação coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos. Prescrição. Multa do artigo 84, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor. Repetição em dobro. Multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Súmula 07 da Corte. Precedentes. 1. O Procon - Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio da Procuradoria Geral do Estado, tem legitimidade ativa para ajuizar ação

túdas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC. E mesmo o prazo prévio de um ano da constituição da associação pode ser dispensado mediante ato judicial em vista do “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (artigo 82, § 1.º).

Neste sentido, a representatividade adequada, avaliada a critério do juiz, não pode configurar um óbice à legitimação conferida por lei, restringindo o acesso das pessoas legitimadas à justiça a partir de critérios que, ao menos no direito vigente, não restam configurados. Nada impede, contudo, que por intermédio da interpretação dos critérios e normas legais para definição da legitimidade ativa de órgãos e entidades relacionados no artigo 82, possa o juiz limitar o exercício da demanda em vista de critérios previstos pelo próprio ordenamento. É o que vem fazendo a jurisprudência no caso da limitação da legitimidade do Ministério Público para defesa dos direitos difusos, coletivos, e apenas dos interesses individuais homogêneos que tenham relevância social,⁴⁴ em vista da disciplina constitucional das competências do *Parquet*, que estabelece dentre suas funções a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 da Constituição). Por esta razão autoriza a jurisprudência brasileira, a atuação do Ministério Público no tocante a interesses individuais homogêneos disponíveis, apenas quando estes se encontrem revestidos de relevância social. Daí porque, cumpre examinar, detalhadamente a atuação de cada um dos entes legitimados coletivos, segundo o rol do artigo 82 do CDC.

2.4.1 Ministério Público

O artigo 82, I, do CDC estabelece a legitimação do Ministério Público para exercício das ações coletivas que tenham por objeto a tutela dos direitos previstos no CDC (artigo 81). Aqui, em preliminar, cumpre fazer-se distinção doutrinária bastante comum entre a *ação civil pública* e a *ação civil coletiva* (*ação coletiva stricto sensu*). Embora guardem semelhanças, têm distinções com relação a seus fundamentos e respectivos objetos. A ação civil pública, disciplinada pela Lei 7.437/85, é destinada à defesa dos interesses ou direitos difusos ou coletivos, por natureza transindividuais e indivisíveis, assim como dos direitos individuais homogêneos de caráter

coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, assim considerados aqueles direitos com origem comum, divisíveis na sua extensão, variáveis individualmente, com relação ao dano ou à responsabilidade. São direitos ou interesses individuais que se identificam em função da origem comum, a recomendar a defesa coletiva, isto é, a defesa de todos os que estão presos pela mesma origem. No caso, o liame está evidenciado, alcançando os candidatos a inquilinos que são cobrados de taxas indevidas. 2. A prescrição é vintenária, na linha de precedentes da Terceira Turma, porque não alcançada a questão pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. 3. Cabível é a multa do artigo 84, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor, mas deve ser observada na sua fixação o comando legal, não sendo razoável aquela imposta pela sentença no valor de R\$ 100.000,00. 4. A repetição do indébito pelo valor em dobro não se impõe quando presente engano justificável, o que não é o caso quando o Acórdão recorrido identifica a existência de fraude à lei. 5. O exame da documentação existente, que serviu de fundamento para a configuração da taxa cobrada como de intermediação, vedada na Lei especial de regência, não pode ser reexaminada, a teor da Súmula 07 da Corte. 6. Não tem cabimento a multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, quando interposto o recurso na cobertura da Súmula 98 da Corte. 7. Recursos especiais conhecidos e providos, em parte” (STJ, REsp 200.827/SP, j. 26.08.2002, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).

44. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 826.

social.⁴⁵ Já a ação civil coletiva, prevista no CDC, é destinada à tutela dos consumidores, vítimas ou sucessores, e é adequada para a proteção dos direitos individuais homogêneos, por natureza divisíveis.⁴⁶ A utilidade da distinção reside no fato de que na ação civil coletiva, “a condenação em dinheiro é sempre genérica; o destino do produto é preferencialmente destinado para os beneficiários (e não — ou só excepcionalmente — para o Fundo); a liquidação e a execução podem ser feitos a título individual, há exigência de ampla divulgação da ação e o beneficiário pode ser admitido como litisconsorte ativo”.⁴⁷ No que se refere à ação civil pública, a condenação é sempre certa em dinheiro ou em obrigação de fazer ou não fazer (artigo 3.º); a destinação do produto da condenação em dinheiro é o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (e não para os beneficiários), não se admite a liquidação e a execução a título individual.⁴⁸

O Ministério Público tem sua legitimação derivada diretamente das normas constitucionais que estabelecem suas funções institucionais e respectivas competências. Neste sentido, o artigo 127 da Constituição da República determina que incumbe ao Ministério Público, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Do mesmo modo, o artigo 129 elege entre as funções institucionais do Ministério Público, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inciso III), assim como “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (inciso IX).

Deste modo, é forçoso concluir que o Ministério Público possui legitimação para interposição tanto da ação civil pública quanto para a ação coletiva, conforme se apresentem a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (artigos 5.º da Lei 7.437/85 e 82, I, do CDC),⁴⁹ bem como para requisitar as informações do consumidor que sejam necessárias ao

45. ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor...*, p. 258.

46. No mesmo sentido: MÁZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo...*, 19. ed., p. 67-68; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 757. Critica a inutilidade da distinção, observando que as ações possuirão mesma estrutura processual, e os mesmos efeitos se proposta com fundamento no CDC ou na Lei da Ação Civil Pública: MAFRA LEAL. *Ações coletivas...*, p. 188.

47. ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor...*, p. 259.

48. *Idem*, p. 259.

49. “Administrativo. Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Legitimidade ativa do Ministério Público na defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. Artigos 127 e 129, III e IX, da CF. Vocação constitucional do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais. Direito à saúde. Dignidade da pessoa humana. Relevância pública. Expressão para a coletividade. Utilização dos institutos e mecanismos das normas que compõem o microsistema de tutela coletiva. Eletiva e adequada proteção. Recurso Provido. 1. ‘O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’ (artigo 127 da CF). 2. ‘São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...) IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas’ (artigo 129 da CF). 3. É imprescindível considerar a natureza indisponível do interesse ou direito individual homogêneo – aqueles que contenham relevância pública, isto é, de expressão para a coletividade – para estar a legitimação extraordinária do Ministério Público, tendo em vista a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos fundamentais. 4. O direito à saúde, como elemento essencial à dignidade da pessoa humana, insere-se no rol daqueles direitos cuja tutela pelo Mi-

pleno conhecimento da situação.⁵⁰ Como ensinam Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes, “a mera exposição das pessoas a práticas comerciais e contratuais abusivas é o suficiente para que o Ministério Público intervenha para a proteção e devida aplicação do CDC”.⁵¹ Entretanto, este entendimento não é pacífico, como a seguir se observa.

2.4.1.1 Ministério Público e defesa dos interesses individuais homogêneos

A rigor, não se encontra reserva na doutrina ou jurisprudência à legitimidade do Ministério Público para defesa dos interesses difusos e coletivos, dado o traço de indivisibilidade que os caracteriza e a manifesta relevância social na sua proteção. A questão mais polêmica concentra-se na legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos. Isto porque, conforme já examinamos em termos conceituais, tais interesses são antes de tudo individuais e divisíveis, podendo ser mensurado o *quantum* que pertence a cada um dos respectivos titulares. A circunstância de serem tutelados de modo coletivo deve-se a dois fatores principais, quais sejam: sua origem comum e homogeneidade, assim como a possibilidade e conveniência de sua tutela coletiva, de modo a evitar a multiplicação de processos e o risco de decisões contraditórias. Neste sentido, inclusive, consiste a disposição do artigo 92 do CDC que *a contrario sensu* reforça expressamente a legitimidade do Ministério Público para defesa dos interesses individuais homogêneos. Por outro lado, há os que reconheçam nestes interesses previstos no CDC, espécies de interesses ou direitos disponíveis (ou seja, que poderiam ser manejados ou passíveis de demanda de seus respectivos titulares), razão pela qual sua defesa pelo Ministério Público estaria em contradição com o disposto na Constituição da República, ao reservar a atuação do Órgão à defesa dos interesses individuais indisponíveis (artigo 127).⁵²

nistério Público interessa à sociedade, ainda que em favor de pessoa determinada. 5. Os artigos 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo senso, no qual se comunicam outras normas, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente, a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa e outras que visam tutelar direitos dessa natureza, de forma que os instrumentos e institutos podem ser utilizados com o escopo de ‘propiciar sua adequada e efetiva tutela’ (artigo 83 do CDC). 6. Recurso especial provido para determinar o prosseguimento da ação civil pública” (STJ, REsp 695.396/RS, 1.ª T., j. 12.04.2011, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 27.04.2011).

50. “Administrativo – Mandado de segurança – Relação entre consumidor e banco – Requisição de informações pelo Ministério Público – Inexistência de abuso de poder. 1. Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo. 2. Conforme os fatos narrados pelo Tribunal de origem, o objetivo das requisições do membro do Ministério Público foi buscar informações acessíveis a qualquer pessoa que pretenda utilizar-se dos serviços ofertados pela Instituição financeira, os quais estão disponíveis aos consumidores e à coletividade. 3. Os serviços e produtos oferecidos pelas instituições financeiras são considerados do gênero consumo. Logo, quando na defesa dos usuários desses produtos e serviços, lícito é ao Ministério Público requisitar, tal como ocorrido no caso concreto, documentos e dados que não se enquadram entre os protegidos pelo sigilo bancário, pois acessíveis a todos os clientes. Recurso especial conhecido em parte e improvido” (STJ, REsp 1094770/DF, 2.ª T., j. 01.09.2009, rel. Min. Humberto Martins, DJe 18.09.2009).
51. BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controversas no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 161.
52. Para uma visão crítica da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos pelo Ministério Público, veja-se: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. p. 223 et seq.

A evolução doutrinária e jurisprudencial, contudo, veio a assentar entendimento pelo qual a atuação do Ministério Público em defesa dos interesses individuais homogêneos será cabível quando exista manifesto interesse social,⁵³ em vista da dimensão ou pelas características do dano a ser ressarcido, haja relevância do bem social a ser tutelado, ou mesmo a estabilidade do próprio sistema, cuja preservação seja de interesse de toda a sociedade.⁵⁴ Este conceito de interesse ou relevância social, de sua vez, deverá ser preenchido em vista do exame do caso concreto,⁵⁵ a partir da consideração dos interesses a serem tutelados.⁵⁶ Da mesma forma, há de se reconhecer a existência de um estímulo, na legislação brasileira, inclusive por razões de política judiciária, à formação do processo coletivo visando a tutela de interesses individuais homogêneos, de modo a evitar a multiplicação de ações individuais, o que certamente termina reconhecer a importância da legitimação do Ministério Público para causas desta espécie.⁵⁷

2.4.1.2 Procedimentos extraprocessuais do Ministério Público

A atuação do Ministério Público na tutela coletiva não se resume a legitimidade para interpor a ação civil pública. Ao contrário, observam-se na legislação uma série de instrumentos de atuação independentes do processo, tais como a competência do Ministério Público para expedir requerimentos, promover audiências públicas, emitir recomendações, bem como celebrar compromissos de ajustamento de conduta. Alexandre Gavronski, ao examinar a atuação extraprocessual do Ministério Público distingue estes instrumentos no que denomina *técnicas extraprocessuais de informação da tutela coletiva* e *técnicas extraprocessuais de criação e concretização do direito da tutela coletiva*.⁵⁸ No caso das primeiras, notadamente, observa-se

53. "Recurso especial. Processo civil. Legitimidade ativa do Ministério Público. Ação civil pública. Validade de cláusula. Contrato de arrendamento mercantil. – A legitimidade do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos está vinculada ao reconhecimento de relevante interesse social. – Na hipótese, o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública objetivando a análise da validade de cláusulas abusivas de contrato de arrendamento mercantil celebrado pelos consumidores do Estado do Maranhão. Recurso especial provido" (STJ, REsp 509.654/MA, j. 24.08.2004, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito).
54. MAZZILLI. *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 161-162.
55. Assim ensina: ZANELATO, Marco Antônio. Sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (coord.) *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva. Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 395-406.
56. Assim decidiu o STJ: "Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Dever de informação. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra estabelecimento escolar, atendendo a representação da associação de pais de alunos, para a defesa do interesse de receber informação adequada e indenização por danos" (STJ, REsp 94.810/MG, j. 17.06.1997, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU 18.08.1997, p. 37.872).
57. Neste sentido o precedente do STF: "Política judiciária. Macroprocesso. Estímulo. Tanto quanto possível, considerado o direito posto, deve ser estimulado o surgimento de macroprocesso, evitando-se a proliferação de causas decorrentes da atuação individual. Legitimidade. Ação civil pública. Ministério Público. Cartões de crédito. Proteção adicional. Disposição contratual. O Ministério Público é parte legítima na propositura de ação civil pública para questionar relação de consumo resultante de ajuste a envolver cartão de crédito" (STF, RE 441.318/DF, j. 25.10.2005, rel. Min. Marco Aurélio, DJU 24.02.2006, p. 24).
58. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: RT, 2011. p. 295 et seq.

sua finalidade de informar a atuação do Ministério Público, tanto para que verifique e forme convencimento sobre a existência de lesão a direitos cuja tutela lhe incumbe (inquérito civil, requerimentos e audiências públicas). Já as que importam na criação do direito decorrem, via de regra, ou da atuação direta do Ministério Público, vinculando-o – como é o caso da recomendação – ou do acordo entre o órgão e particulares que devam se submeter às suas disposições (o compromisso de ajustamento de conduta).

Em muitas situações há de se reconhecer a complementaridade dos procedimentos extraprocessuais e processuais, o que é evidenciado no caso do inquérito civil, o qual poderá servir para prévia investigação e produção de provas que sustentem a pretensão de futura ação civil pública. Por outro lado, a expedição de requerimentos e a audiência pública podem servir tanto para informar o convencimento do próprio agente do Ministério Público competente, como também para permitir a oitiva das partes envolvidas e a possibilidade de participação de todos os interessados.

2.4.1.2.1 Inquérito civil

Dentre os modos de atuação do Ministério Público na defesa dos interesses e direitos dos consumidores consagrados no CDC está a instauração de inquérito civil, prévio à interposição de eventual ação civil pública, com o objetivo de apurar a conduta do particular de modo a formar o convencimento do próprio órgão quanto ao cabimento ou não da interposição de ação civil pública. Segundo ensina João Batista de Almeida, “trata-se de procedimento preparatório da tutela jurisdicional, de caráter administrativo e extrajudicial, de iniciativa exclusiva do Ministério Público”.⁵⁹ A finalidade do inquérito civil, cuja instauração é facultativa, concentra-se na apuração de fatos de seu conhecimento, que possam configurar violação de direitos ou outros comportamentos ilícitos, cuja fiscalização esteja a cargo do Ministério Público.

O inquérito civil é disciplinado pelos artigos 8.º e 9.º da Lei da Ação Civil Pública. Neste sentido, refere o artigo 8.º mencionado: “Artigo 8.º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15 (quinze) dias. § 1.º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis. § 2.º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los.” Tratando-se de informações cobertas por sigilo, o poder de requisição do Ministério Público é limitado quando o fundamento do sigilo seja constitucional, como é o caso do sigilo de comunicações telefônicas, dependendo de autorização judicial (artigo 5.º, inciso XII, da Constituição Federal). Quanto a informações bancárias, como regra dependem também de autorização judicial, exceção feita quando tratar-se de verbas públicas, conforme precedente do STF (MS 21.729/DF, rel. Min. Néri da Silveira).⁶⁰

Já o artigo 9.º da Lei da Ação Civil Pública refere: “Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas,

59. ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 266.

60. GAVRONSKI, Alexandre. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, p. 302.

fazendo-o fundamentadamente". Tais disposições são aplicáveis à atuação do Ministério Público na defesa dos direitos dos consumidores por expressa referência do artigo 90 do CDC, assim como são indicadas no artigo 6.º, VII, *a e d*, da Lei Complementar 75/1993 (em relação ao Ministério Público da União, com previsão correlata nos Estados).

A utilidade do inquérito civil é incontestável. Por seu intermédio há a investigação e coleta de elementos necessários para servir de base à propositura de uma das ações públicas a seu cargo ou ainda à celebração de termo de ajustamento de conduta.⁶¹ Daí porque, em razão desta sua característica tipicamente investigatória, caracteriza-se como procedimento inquisitorial. As provas produzidas no âmbito do inquérito civil, de sua vez, tem natureza relativa, podendo ser afastadas, contudo, apenas mediante prova no processo judicial que se submeta ao princípio do contraditório.⁶² Todavia, é certo que ocorrendo ilegalidade ou desvio de finalidade no curso do procedimento, este poderá ser trancado por intermédio de mandado de segurança impetrado pelo interessado.⁶³ Da mesma forma, deve ser observada, com relação à instauração do inquérito, a divisão interna de competências dos diversos órgãos do *Parquet*, assim como as áreas de atuação do Ministério Público Estadual e Federal.⁶⁴

Realizadas as diligências necessárias ao convencimento do membro do Ministério Público que o preside, a conclusão do inquérito civil pode se dar de três modos distintos: a) segundo o artigo 9.º, se esgotadas todas as diligências, o titular do órgão do MP se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas; por outro lado b) se a partir das conclusões do inquérito, forem identificadas provas e/ou indícios de lesão a qualquer dos direitos tutelados pelo MP, deverá ser determinada a interposição de ação civil pública contra os responsáveis; e c) uma terceira hipótese, que visa compor os interesses contrapostos e assegurar celeridade ao cumpro

-
61. Sobre o tema veja-se: MAZZILI, Hugo Nigro. *O inquérito civil. Investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
 62. "Processo civil – Ação civil pública – Inquérito civil: valor probatório – Reexame de prova: Súmula 7/STJ. 1. O inquérito civil público é procedimento facultativo que visa colher elementos probatórios e informações para o ajuizamento de ação civil pública. 2. As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório. 3. A prova colhida inquisitorialmente não se afasta por mera negativa, cabendo ao juiz, no seu livre convencimento, sopesá-las. 4. Avanço na questão probatória que esbarra na Súmula 7/STJ. 5. Recursos especiais improvidos" (STJ, REsp 476.660/MG, rel. Min. Eliana Calmon, 2.ª T., j. 20.05.2003, DJ 04.08.2003). Veja-se também, interpretando a decisão do STJ: QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. A eficácia probatória do inquérito civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. *Revista de processo*, v. 46, p. 189 et seq. São Paulo: RT, abril/2007.
 63. MAZZILI. *A defesa dos interesses difusos em juízo...*, p. 403.
 64. ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 267 et seq.; MAZZILI. *A defesa dos interesses difusos em juízo...*, p. 404-405. Neste sentido decidiu o STJ: "Constitucional e processual civil. Alegado descumprimento de normas relativas à higiene e à segurança do trabalho. Inquérito civil e ação civil pública. Ilegitimidade do Ministério Público Estadual. O Ministério Público é uno e indivisível, mas apenas na medida em que os seus membros estão submetidos a uma mesma chefia. Essa unidade e indivisibilidade só dizem respeito a cada um dos vários Ministérios Públicos que o sistema jurídico brasileiro consagrou. Assim, o Ministério Público Estadual não tem legitimidade para instaurar, contra sociedade empresária, pessoa jurídica de direito privado, inquérito civil para apurar o descumprimento de normas relativas a higiene e a segurança do trabalho, nem para ajuizar, decorrentemente, Ação civil pública. Recurso provido" (STJ, RMS 5563/RS, j. 21.08.1995, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 16.10.1995, p. 34.609).

mento da legislação, assim como recomposição dos danos causados (se for o caso) é a celebração de compromisso de ajustamento de conduta, previsto no artigo 5.º, § 6.º, da Lei da Ação Civil Pública, com a redação que lhe determinou o artigo 113 do CDC. Note-se, contudo, que optando pela promoção de arquivamento do inquérito, esta deverá ser submetida ao Conselho Superior a que estiver subordinado o órgão responsável, podendo este simplesmente homologar a mencionada promoção, ou rejeitá-la, hipótese em que deverá designar outro órgão para o ajuizamento da ação civil correspondente (artigo 8.º, § 4.º, da Lei da Ação Civil Pública).

Lembre-se que no sistema do CDC, desde a instauração do inquérito civil, por ato de membro do Ministério Público, até seu encerramento, não flui o prazo para exercício, pelo consumidor, do direito de reclamar vícios aparentes do produto ou serviço, conforme estabelece o artigo 26, § 2.º, III, do Código.

2.4.1.2.2 Audiências públicas

As audiências públicas não têm previsão expressa no CDC, ao contrário de outras legislações que lhe seguiram, com o objetivo de promover a participação dos interessados em geral nos temas que afetem a coletividade. Todavia, poderão ser realizadas pelo Ministério Público em matéria afeta aos direitos dos consumidores, em vista do que dispõe o artigo 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que relaciona dentre as providências de que pode fazer uso o órgão, no exercício de suas atribuições: "IV – promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no *caput* deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito".

Neste sentido, algumas características podem ser reconhecidas na audiência pública promovida pelo Ministério Público: a) tem a finalidade de instruir/informar uma decisão futura; b) possui caráter consultivo; c) desenvolve-se com predomínio da participação oral dos interessados; d) não possui um procedimento formalizado.⁶⁵

Todavia é inegável sua importância, especialmente quando diga respeito a questões de maior complexidade, em que a possibilidade de participação direta dos agentes envolvidos favorece o esclarecimento comum, tanto do Ministério Público, quanto da sociedade em geral, sobre os temas objeto de exame, qualificando, portanto, a tutela coletiva dos consumidores.

2.4.2 União, Estados, Municípios e Distrito Federal

A legitimação das pessoas políticas União, Estados, Municípios e Distrito Federal, para interposição das ações coletivas visando a tutela dos direitos dos consumidores, é reflexo de da eficácia abrangente do direito fundamental de defesa do consumidor (artigo 5.º, XXXII), sem prejuízo da sua legitimação já estar prevista, com respeito à Ação Civil Pública, desde a Lei 7.437/85. Note-se aqui, que a legitimação para agir, na interposição da respectiva ação coletiva, não deixa de exigir uma relação de pertinência da União, do Estado, do Distrito Federal os dos Municípios com o objeto da demanda a ser veiculada pela via coletiva. Neste sentido, faz-se sentir a plena utilidade do critério da representatividade adequada, quanto mais não seja, para negar a legitimidade da pessoa política que ingressa com demanda em relação a qual não guarda qualquer proximidade, seja em relação aos consumidores contemplados, ou os bens jurídicos

65. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*, p. 329.

objeto de proteção. Como ensina Kazuo Watanabe, “se nenhum nexos mantêm, porque os consumidores pertencem a outro Município ou a Estado diverso, evidentemente a legitimação *ad causam* não lhe diz respeito. Todavia, se os interesses ameaçados ou lesados guardam ligação com vários Municípios qualquer deles poderá tomar a iniciativa da demanda”.⁶⁶

O reconhecimento da legitimação às pessoas políticas, embora tenha inegáveis méritos, em vista da ampliação da tutela dos direitos dos consumidores, não vem, todavia, sendo utilizado em acordo com as possibilidades que oferece.⁶⁷ Em alguma medida, é certo, pela possibilidade que as pessoas políticas têm de determinar condutas por parte dos fornecedores e demais agentes de mercado. Desta forma, têm à disposição a possibilidade de exercício de seu poder de polícia, ou mesmo pela produção de normas jurídicas específicas, prevendo comportamento e cominando sanções, sobretudo em vista da competência legislativa concorrente em matéria de produção e consumo, prevista na Constituição da República.

2.4.3 Entidades ou Órgãos da Administração Pública

Além das pessoas políticas União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o artigo 82, III, do CDC, relaciona dentre os legitimados para a defesa dos direitos nele previstos 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. Trata-se de órgãos e entidades da Administração Pública que tenham a finalidade de defesa dos consumidores. Neste rol estão incluídos os Procons, ou como se denominem os órgãos estaduais e municipais que tenham por finalidade a defesa do consumidor.⁶⁸ E recentemente, mediante

66. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 821.

67. Notável exceção, contudo, observa-se da decisão do STJ: “*Ação civil pública. Defesa dos consumidores. Assistência à saúde. Interesse ou direito coletivo. Distrito federal. Legitimação ativa. Artigo 82, II, do CDC.* I – Nos termos do artigo 82, II, do CDC tem o Distrito Federal legitimidade ampla para promover ação civil pública, visando a proteção de interesses ou direitos coletivos de associados, na referida unidade federativa, de empresa prestadora de serviços de saúde. II – Recurso especial conhecido e provido” (STJ, REsp 168.051/DF, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 19.05.2005, DJU 20.06.2005, p. 263).

68. “*Ação civil pública. Direitos individuais homogêneos. Cobrança de taxas indevidas. Candidatos a inquilinos. Administradoras de imóveis. Legitimidade ativa do Procon – Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio da Procuradoria Geral do Estado para ajuizar ação coletiva para proteção de direitos individuais homogêneos. Prescrição. Multa do artigo 84, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor. Repetição em dobro. Multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Súmula 07 da Corte. Precedentes.* 1. O Procon – Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor, por meio da Procuradoria Geral do Estado, tem legitimidade ativa para ajuizar ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, assim considerados aqueles direitos com origem comum, divisíveis na sua extensão, variáveis individualmente, com relação ao dano ou à responsabilidade. São direitos ou interesses individuais que se identificam em função da origem comum, a recomendar a defesa coletiva, isto é, a defesa de todos os que estão presos pela mesma origem. No caso, o liame está evidenciado, alcançando os candidatos a inquilinos que são cobrados de taxas indevidas. 2. A prescrição é vintenária, na linha de precedentes da Terceira Turma, porque não alcançada a questão pelo artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor. 3. Cabível é a multa do artigo 84, § 4.º, do CDC, mas deve ser observada na sua fixação o comando legal, não sendo razoável aquela imposta pela sentença no valor de R\$ 100.000,00. 4. A repetição do indébito pelo valor em dobro não se impõe quando presente engano justificável, o que não é o caso quando o Acórdão recorrido identifica a existência de fraude à lei. 5. O exame da documentação existente, que serviu de fundamento

interpretação extensiva da norma do artigo 82, III, do CDC, reconheceu o STJ a legitimidade de comissão técnica de defesa do consumidor do Poder Legislativo Estadual, portanto órgão interno, sem personalidade jurídica.⁶⁹ Confessamos certa dificuldade em aderir a esta interpretação, uma vez que a norma é expressa ao indicar a legitimação a “entidades e órgãos da Administração Pública”, o que a nosso ver supõe vínculo orgânico e não exercício de função administrativa como menciona o acórdão.

Por outro lado, note-se que a norma em questão refere-se aos atos especificamente destinados à defesa do consumidor. Neste sentido, durante bom tempo questionou-se se os órgãos que, embora não destinados especificamente, tivessem dentre suas atribuições a defesa do consumidor, estariam legitimados a interpor ações coletivas em defesa dos direitos dos consumidores. É certo que a interpretação da norma estabelece critério restritivo à admissão de vários órgãos públicos e entidades que apenas mediatamente tem por finalidade a defesa dos consumidores, como seria o caso, por exemplo, dos órgãos de vigilância sanitária, de controle de alimentos, dentre outros, que têm, em uma dentre suas funções, a defesa do consumidor.

para a configuração da taxa cobrada como de intermediação, vedada na Lei especial de regência, não pode ser reexaminada, a teor da Súmula 07 da Corte. 6. Não tem cabimento a multa do artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil, quando interposto o recurso na cobertura da Súmula 98 da Corte. 7. Recursos especiais conhecidos e providos, em parte” (REsp 200.827/SP, j. 26.08.2002, rel. Min. Menezes Direito, DJU 09.12.2002, p. 339).

69. “Processual Civil. Direito do Consumidor. Ação Civil Pública. Sistema de bilhetagem eletrônica de ônibus realizada pela Fetransporte – Riocard. Artigos 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor. Legitimação ativa da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Interpretação das normas que regem a ação civil pública. 1. Cinge-se a controvérsia à legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro para propor Ação Civil Pública visando a obrigar os associados da Federação das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro – Fetransporte a informar o saldo do Riocard (sistema de bilhetagem eletrônica de ônibus) sobre cada débito realizado no respectivo cartão. 2. O CDC conferiu legitimação para ajuizamento de demandas coletivas, inclusive para a tutela de interesses individuais homogêneos, às ‘entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados a defesa dos interesses e direitos’ do consumidor (artigo 82, III). 3. As normas que regem a Ação Civil Pública – símbolo maior do modelo democrático, coletivo, eficiente e eficaz do acesso à Justiça, na sua concepção pós-moderna – convidam à ampliação judicial, jamais à restrição, do rol de sujeitos legitimados para a sua propositura. O Juiz, na dúvida, decidirá em favor do acesso à Justiça, pois a negação da legitimação para agir demanda vocalização inequívoca do legislador. 4. A recorrente – Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro – é entidade ou órgão técnico vinculado ao Poder Legislativo Estadual com competência, expressa e específica, para atuar na tutela do consumidor, integrando o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. 5. A previsão normativa para ajuizar demandas coletivas na hipótese dos autos foi inserida, em fevereiro de 2006, no artigo 26, § 4º, ‘d’, do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, reforma (diga-se, de passagem, desnecessária) realizada rigorosamente para expressar tal possibilidade. 6. Na apreciação da legitimação para a proposição de ações coletivas, não se deve entender restritivamente a expressão ‘Administração Pública’, referida no artigo 82, III, do CDC. Para o intérprete da lei, como o STJ, importa apenas indagar se o órgão em questão exerce, com base em autorização legal, função administrativa e, por meio dela, a defesa do consumidor, de modo análogo ou semelhante ao Procon. 7. Recurso Especial provido para reconhecer a legitimidade da Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro para a propositura de demanda coletiva visando a defesa do consumidor” (STJ, REsp 1075392/RJ, 2.ª T., j. 15.12.2009, rel. Min. Castro Meira, rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, DJe 04.05.2011).

A situação mais grave, contudo, dizia respeito à legitimação da Defensoria Pública para interposição de ações coletivas. Como se sabe, a Defensoria Pública constitui-se como Órgão da Administração, cuja finalidade precípua era a de assistência aos necessitados. Neste sentido, o artigo 134 da Constituição da República prescreve: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5.º, LXXIV”. Incumbe, pois, à Defensoria Pública, dentre suas atribuições, a defesa dos consumidores hipossuficientes, prestando-lhe orientação e representando-lhes em juízo quando for o caso. Em muitos Estados, inclusive, a atuação da Defensoria Pública é amplamente reconhecida na defesa do consumidor. Ocorre que, a teor do artigo 82, III, não é correto considerá-la como órgão público destinado especificamente à defesa do consumidor, razão pela qual, em que pese os esforços de muitos de seus integrantes, não lograram êxito no sentido de serem reconhecidos como legitimados ativos para defesa coletiva dos direitos coletivos no âmbito do CDC. A nosso ver, em benefício da efetividade do direito do consumidor, e mesmo em vista do critério da representatividade adequada que preside a aferição da legitimidade ativa dos órgãos e entidades não previstos expressamente na norma do artigo 82, o reconhecimento de legitimação à Defensoria Pública estaria de acordo com interpretação teleológica da referida norma do CDC, sobretudo quando fossem verificadas situações em que dezenas, ou centenas de necessitados acrescessem ao Poder Judiciário, por intermédio da Defensoria Pública, com demandas individuais idênticas. A utilidade da tutela coletiva nestes casos não apenas vem em benefício dos representados, quanto mesmo em favor do próprio Poder Judiciário, em vista da economia processual a ser realizada.

Contudo, se resistência havia quanto à legitimação da Defensoria Pública, esta foi totalmente afastada com as alterações normativas que firmaram o destaque e importância do perfil institucional deste órgão. Em primeiro lugar, a Emenda Constitucional 45/2004 conferiu às Defensorias Públicas dos Estados, autonomia funcional e administrativa (artigo 134, § 2.º, da Constituição). Lembre-se aqui, que a maioria das críticas a sua atuação dizia respeito a sua proximidade com a Administração (e daí, a eventual não interposição de demandas contra a Fazenda Pública), assim como as condições, muitas vezes precárias de atendimento ao cidadão. Por outro lado, a recente Lei 11.448/2007, alterou a Lei da Ação Civil Pública para fazer incluir no rol dos legitimados para interposição da Ação civil pública, a Defensoria Pública (artigo 5.º, II, da Lei 7347/85). Neste sentido, não restam mais dúvidas quanto à sua legitimação ativa para defesa coletiva dos direitos dos consumidores com relação a seus direitos difusos e coletivos. E mesmo com relação aos direitos individuais homogêneos – que a princípio são a principal categoria manejada pelo Órgão – há de se reconhecer a legitimação da Defensoria Pública, uma vez que os efeitos da sentença beneficiem os necessitados que se encontrem assistidos por sua atuação.⁷⁰ Neste particular, a noção de necessitado aqui admitirá duas compreensões distintas.

70. “Processual civil. Embargos de declaração. Omissão no julgado. Inexistência. Ação civil pública. Defesa coletiva dos consumidores. Contratos de arrendamento mercantil atrelados a moeda estrangeira. Maxidesvalorização do real frente ao dólar norte-americano. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa do órgão especializado vinculado à defensoria pública do estado. I – O Nudecon, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II – No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do

Uma mais estrita, reconhecendo como tais aqueles que ostentem hipossuficiência econômica, falta de recursos econômicos para fazer frente à ação. A outra, mais ampla, de reconhecendo como necessitados aqueles que ostentem certa vulnerabilidade, não apenas econômica, que justifique a atuação da Defensoria Pública em seu favor.⁷¹

2.4.4 Associações de consumidores

A legitimação das associações para postular pela via coletiva dos direitos estabelecidos no CDC constitui previsão de grande relevância, com vista a promover a auto-organização dos consumidores para defesa dos seus direitos. Trata-se, como sugere Kazuo Watanabe, do estímulo a uma nova mentalidade participativa da sociedade na efetivação dos direitos do consumidor. A própria Política Nacional das Relações de Consumo, prevista no artigo 4.º do CDC, estabelece dentre as iniciativas a serem adotadas mediante atuação governamental, o incentivo à criação e desenvolvimento de associações representativas. Ao conferir a legitimação destas associações para realizar a defesa coletiva do consumidor, o CDC consagra seu papel institucional, permitindo o acesso ao Poder Judiciário para consecução de suas finalidades (e.g. o IDEC, a Pro-Teste, a ADECON/PE, dentre outras). Esta legitimação, aliás, já havia sido conferida pela Lei da Ação Civil Pública, relativamente à defesa de direitos difusos e coletivos, vindo o CDC a acrescentar na abrangência da sua atuação, também os direitos individuais homogêneos.⁷²

Segundo dispõe o artigo 53 do CC, as associações são pessoas jurídicas de direito privado que se caracterizam pela ausência de fins econômicos, e são constituídas mediante a reunião de pessoas com vista a uma finalidade comum. São constituídas mediante realização da assembleia dos associados que delibera pela criação da associação, a elaboração e aprovação do estatuto social, e o respectivo registro destes atos no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (artigo 45 do CC, e artigos 114 e 119 da Lei 6.015/73 – Lei de Registros Públicos). A determinação dos fins da associação, segundo se depreende do artigo 82, IV, é o critério essencial para efeito da aferição de sua legitimidade, uma vez que apenas poderão promover a tutela coletiva, as associações que possuam dentre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC. E refere mais a disposição legal em destaque, ao determinar que está dispensada a autorização

CDC, bem assim do artigo 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao "Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor". III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a consequente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido" (STJ, REsp 555111/RJ, 3.ª T., j. 05.09.2006, rel. Min. Castro Filho, DJ 18.12.2006). No mesmo sentido: STJ, AgRg no AgRg no Ag 656.360/RJ, 3.ª T., j. 15.03.2011, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Dje 24.03.2011.

71. Reconhecendo a ampla legitimação da Defensoria Pública, não apenas em razão da hipossuficiência econômica, mas para defesa dos vulneráveis em geral, orientou-se decisão do STJ no REsp 1192577/RS, Rel. Min. Laurita Vaz, Corte Especial, j. 21.10.2015, Dje 13.11.2015.

72. "Ação coletiva. Legitimidade de parte ativa. Plano de saúde. – O "Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC" tem legitimidade para propor ação coletiva em defesa dos consumidores de planos de saúde (artigo 81, parágrafo único, III, c/c o artigo 82, I, c, do CDC. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 171.373/SP, j. 27.04.2004, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 02.08.2004 p. 395).

assemblear para efeito da tutela prevista no CDC. A razão de ser desta dispensa mencionada na lei, diz respeito a controvérsia havida com relação ao disposto no artigo 5.º, XXI, da Constituição da República, o qual refere que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”. No caso das associações que tenham dentre suas finalidades a defesa dos interesses dos consumidores, esta autorização expressa já consta da própria razão de ser da associação. Este entendimento aplica-se, inclusive, para afastar a exigência de quórum de deliberação prévia para interposição de ação coletiva por associação, quando previstas em leis especiais, como é o caso da que trata da legitimidade da associação representativa de estudantes para representá-los em ação coletiva em relação ao reajuste abusivo de mensalidades escolares.⁷³

A *affectio societatis* que reúne os associados na constituição do ente associativo já faz clara a autorização para defesa dos interesses dos seus membros. Exceção há, apenas com relação às ações coletivas interpostas contra o Poder Público, em relação às quais o parágrafo único, do artigo 2-A, da Lei 9.494/97 (introduzido por Medida Provisória e vigente em vista da MP 2.180/2001), estabelece como requisito de admissibilidade que a petição inicial seja acompanhada “com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços”. Esta restrição à atuação das associações é válida apenas para ações em que seja réu a União, Estados, Municípios, e suas autarquias e fundações, demonstrando claramente o objetivo de dificultar a interposição de ações contra o Poder Público, e por isso violando o princípio da igualdade⁷⁴ ao estabelecer benefício exclusivo ao Estado.

Do ponto de vista técnico, de sua vez, como bem ressalta Kazuo Watanabe, a norma em destaque opera confusão entre a atuação da associação em representação de seus associados, e a sua condição de legitimada ativa para interposição de ações coletivas, nas quais atuam por

73. “Ação Civil Pública. Centro Acadêmico de Direito. Legitimidade. Associação Civil regularmente constituída. Representação adequada. Lei n.º 9.870/99. Exegese sistemática com o CDC. 1. Os ‘Centros Acadêmicos’, nomenclatura utilizada para associações nas quais se congregam estudantes universitários, regularmente constituídos e desde que preenchidos os requisitos legais, possuem legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa dos direitos individuais homogêneos, de índole consumerista, dos estudantes do respectivo curso, frente à instituição de ensino particular. Nesse caso, a vocação institucional natural do centro acadêmico, relativamente aos estudantes de instituições de ensino privadas, insere-se no rol previsto nos artigos 82, IV, do CDC, e artigo 5.º da Lei n.º 7.347/85. 2. A jurisprudência do STF e do STJ reconhece que, cuidando-se de substituição processual, como no caso, não é de exigir-se autorização *ad hoc* dos associados para que a associação, regularmente constituída, ajuíze a ação civil pública cabível. 3. Por outro lado, o artigo 7.º da Lei 9.870/99, deve ser interpretado em harmonia com o artigo 82, IV, do CDC, o qual é expresso em afirmar ser ‘dispensada a autorização assemblear’ para as associações ajuizarem a ação coletiva. 4. Os centros acadêmicos são, por excelência e por força de lei, as entidades representativas de cada curso de nível superior, mercê do que dispõe o artigo 4.º da Lei n.º 7.395/85, razão pela qual, nesse caso, o ‘apoio’ a que faz menção o artigo 7.º, da Lei n.º 9.870/99 deve ser presumido. 5. Ainda que assim não fosse, no caso houve assembleia especificamente convocada para o ajuizamento das ações previstas na Lei n.º 9.870/99 (fls. 76/91), havendo sido colhidas as respectivas assinaturas dos alunos, circunstância em si bastante para afastar a ilegitimidade aventada pelo acórdão recorrido. 6. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1189273/SC, 4.ª T., j. 01.03.2011, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04.03.2011).

74. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 823; LEONEL. *Manual do processo coletivo*, p. 176.

direito próprio.⁷⁵ Ensina da mesma forma, Sérgio Shimura, ao assinalar que “a associação pode agir (1) com legitimação ordinária (na defesa de direitos difusos e coletivos), (2) extraordinária (na defesa de direitos individuais homogêneos) ou (3) como mera representação (quando age em nome e na defesa do direito de seus associados). Quando ajuíza ação coletiva, a associação atua sempre em nome próprio, seja como legitimada ordinária, seja como extraordinária, conforme é do sistema da tutela jurisdicional coletiva (artigos 5.º da LACP, e 82 do CDC)”.⁷⁶ Entende-se assim, que a exigência de juntada da ata da assembleia que deliberou pela interposição da ação só tem lugar quando se trate de ação coletiva na qual a associação atue em representação dos seus associados (hipótese do artigo 5.º, XXI, da Constituição), mas não no que se refere à legitimação em nome próprio,⁷⁷ para interposição de ação coletiva para defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

2.4.4.1 Requisito da pré-constituição de um ano

Ao disciplinar a legitimidade ativa das associações para defesa coletiva, o CDC estabeleceu como requisito objetivo desta legitimação, que tais entidades já estivessem constituídas antes da interposição da ação pelo período não inferior a um ano. A razão de ser desta disposição parece ter sido a de evitar a interposição de ações por associações sem densidade associativa, muitas vezes constituídas sem outra função que não a de litigar contra determinados fornecedores (mais uma vez o perigo da chantagem judicial, ou *judicial blackmail*). Todavia, o próprio CDC, no § 1.º do artigo 82, atribui ao juiz o poder de dispensar o requisito da pré-constituição, nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Da mesma forma, o artigo 115 do CDC, que introduziu o artigo 17 da Lei da Ação Civil Pública, com a redação retificada em 10 de janeiro de 2007⁷⁸ para recuperar a referência original do CDC, estabelece que: “Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos”.

Trata-se de regra de flexibilidade da legitimação ativa para ações coletivas, endereçada ao juiz, para que este, ao realizar o exame *in concreto*, avalie a presença de manifesto interesse social em face de pelo menos uma destas situações: a dimensão ou características do dano, ou a relevância do bem jurídico protegido. Note-se que o critério legal da avaliação do juiz não se dirige,

75. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 823.

76. SHIMURA, Sérgio. A legitimidade da associação para a ação civil pública. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (coord.) *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva. Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 513-540.

77. Neste sentido, decidiu o STJ: “Processo civil. Agravo no recurso especial. Embargos à execução. Cadereta de poupança. Apadeco. Ação civil pública. Impugnação específica. Inépcia. Prequestionamento. Legitimidade ativa. Súmula 83 do STJ. – É inepta a petição de agravo que não impugna, especificamente, os fundamentos da decisão agravada. – Inviável a análise do recurso especial quando o Tribunal de origem não debateu a matéria ventilada pelo recorrente. – A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes de consórcio, desistentes ou excluídos, sejam eles seus associados ou não. Precedentes. Agravo não provido” (STJ, AgRg no REsp 651.038/PR, j. 03.08.2004, rel. Min. Nancy Andrighi).

78. *Diário Oficial da União*, edição de 10 de janeiro de 2007, p. 1.

a princípio, para o exame da associação autora da ação coletiva, mas para aspectos de fato e de direito que ensejam a tutela jurisdicional. Entretanto, é inegável que ao realizar a concreção dos conceitos normativos dimensão ou características do dano, ou ainda a relevância do bem jurídico protegido, não se furta o juiz de avaliar se aquela específica associação autora poderá exercer de modo adequado sua legitimação em relação aos direitos postulados, assim como se as circunstâncias avaliadas permitem concluir sobre a conveniência da dispensa do prazo legal de pré-constituição. Não deixa de haver, neste caso, ainda que lateralmente, um exame sobre a adequação da representatividade (*adequacy of representation*) da associação. Dentre outros, aparece como hipótese própria de dispensa do prazo de pré-constituição, a circunstância de que a constituição da associação deve-se diretamente ao surgimento do direito a que ela visa defender em juízo. Este é o caso, por exemplo, das "associações de vítimas" de determinados acidentes de consumo, cuja constituição vincula-se à existência do fato danoso de que se originam os direitos a serem postulados em juízo.

2.4.4.2 Representatividade adequada

Como já tivemos oportunidade de referir, em sua origem no direito norte-americano, a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos foi acompanhada, no sistema das *class actions*, do exame da representatividade adequada (*adequacy of representation*) como pressuposto do reconhecimento da legitimação ativa da pessoa física (hipótese inexistente em nosso sistema), ou da pessoa jurídica, em vista da representação dos demais titulares dos direitos em causa, cujas situações seriam abrangidas pela decisão da respectiva ação coletiva, de modo a resguardar os interesses, mesmo daqueles que não teriam ciência sobre a existência da demanda. Este procedimento de verificação da representatividade adequada configura condição necessária e suficiente para que seja conferida ampla eficácia à decisão final da demanda (*binding effect*), mesmo em relação àqueles que porventura não venham a participar ativamente do processo.⁷⁹

No direito brasileiro, embora a legitimação ativa para promoção da defesa coletiva dos direitos transindividuais e individuais homogêneos derivem da própria lei (*ope legis*), tanto a doutrina quanto a jurisprudência vem reconhecendo a utilidade do critério da representatividade adequada como instrumento para assegurar a relação de pertinência entre o legitimado e o objeto da demanda a que visa promover.⁸⁰ Neste sentido, sustenta-se a possibilidade de não reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos individuais homogêneos disponíveis, quando não esteja presente interesse social.⁸¹

No caso das associações, há quem sustente a necessidade do estabelecimento de critérios para aferição de sua representatividade adequada *in concreto* pelo juiz (*ope iudicis*), como instrumento necessário para evitar-se a interposição de lides temerárias ou a prática da chantagem judicial (*judicial blackmail*). Neste sentido, mesmo, como já mencionamos, há propostas de *lege*

79. VIGORITI. *Interessi collettivi e processo*, p. 266 et seq.

80. WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 825. Neste sentido, vem sendo utilizada como critério de reconhecimento da tutela coletiva de outros interesses que não os de consumo, como no caso julgado pelo STJ, em que foi reconhecida a legitimidade de cooperativa de taxistas para representar seus cooperados em juízo (STJ, REsp 651.064/DF, j. 15.03.2005, rel. Min. Luis Fux, DJU 25.04.2005, p. 240).

81. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos...*, p. 161-162.

ferenda, como é o caso do Anteprojeto do Código de Processo Coletivo, que estabelece expressamente, em seu artigo 19, critérios para aferição da representatividade adequada, como “a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado”.

Em nosso sistema vigente, contudo, os critérios para exame da representatividade adequada das associações, uma vez que sua legitimidade encontra-se prevista *a priori* na legislação, será aquele estabelecido em lei, qual seja: a) *a pertinência temática*; e b) *prazo de pré-constituição, de um ano*. No caso das ações que envolvam a defesa coletiva de direitos previstos no CDC, o artigo 82, IV, estabelece que a legitimidade das associações está condicionada à circunstância de que tenham previsto dentre seus fins institucionais a defesa dos direitos dos consumidores. Parece ser necessário, pois, que a finalidade de defesa dos consumidores conste do estatuto social da associação que busca ter reconhecida sua legitimidade.

Por outro lado, o prazo de pré-constituição, ao qual já referimos, é requisito objetivo que se satisfaz com a verificação do prazo decorrido do registro da entidade e a interposição da ação. *A contrario sensu*, a circunstância de dispensa do requisito da pré-constituição, o qual configura poder discricionário do juiz a partir da verificação de manifesto interesse social (artigo 82, § 1.º), é que poderá se facultar ao juiz o exame das condições da associação postulante, para promover a defesa dos direitos objetos da demanda. Assim, a função de controle do juiz sobre os aspectos principais da ação coletiva, que no direito norte-americano aparece como uma das principais características das ações coletivas (*defining function*), sobretudo em vista do exame da representatividade adequada, no direito brasileiro resta praticamente todo regulado por lei. Neste sentido, a margem de discricionariedade judicial será muito pequena, e confinada apenas a circunstâncias específicas, como a dispensa do requisito da pré-constituição, ou o exame da legitimidade do Ministério Público para defesa dos direitos individuais homogêneos. Neste último caso, aliás, a atuação judicial estará restrita ao exame da compatibilidade das normas do CDC (artigos 82, I e 92) e da Constituição da República (artigos 127 e 129), relativas ao Órgão.

2.4.5 *Compromisso de ajustamento*

O compromisso de ajustamento é resultado do convencimento de quaisquer dos órgãos públicos legitimados da conveniência e oportunidade da celebração de acordo com o autor do ilícito perseguido via inquérito civil ou diretamente⁸² pelo Ministério Público, ou da atuação administrativa ordinária no caso dos demais órgãos da Administração, em vista da maior utilidade e, conseqüentemente, maior efetividade da proteção dos direitos objetos do acordo. Tem como objeto o ajuste de comportamentos a serem adotados pelo autor do ilícito, visando sua ação ou abstenção de uma determinada prática, a adoção de providências visando diminuir ou recuperar todos os danos causados, assim como indenizá-los quando for o caso, bem como toda e qualquer outra providência tendente a diminuir as conseqüências do dano causado aos titulares dos interesses lesados. O compromisso de ajustamento foi originariamente previsto pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja tramitação legislativa e posterior promulgação se

82. Como aponta Ricardo de Barros Leonel, nada impede a celebração de compromisso de ajustamento sem que tenha havido a instauração do procedimento investigatório. LEONEL. *Manual do processo coletivo*, p. 326.

deu na mesma época do Código de Defesa do Consumidor. O CDC, contudo, ao implementar alterações na Lei da Ação Civil Pública, determinou a inclusão do § 6.º ao artigo 5.º desta Lei, de modo a ampliar para todas as hipóteses de ação coletiva a possibilidade de promover-se o compromisso de ajustamento de conduta.⁸³

Trata-se de uma prerrogativa dos órgãos públicos legitimados para a interposição da Ação Civil Pública, a opção por celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), o qual é revestido da qualidade de título executivo extrajudicial.⁸⁴ A vantagem deste instrumento está justamente no estabelecimento de um vínculo jurídico com o autor do ilícito, o qual terá eficácia executiva. Isto significa que uma vez tendo sido desrespeitado, pelo particular, qualquer das obrigações com as quais se comprometeu na celebração do Termo, o órgão público com o qual tiver celebrado o mesmo poderá comprovada a existência da obrigação e seu descumprimento, executar as sanções nele previstas. Note-se que no compromisso de ajustamento não há, em nenhuma hipótese, concessões de direito por parte do órgão público legitimado,⁸⁵ senão que, por seu intermédio o causador de dano ou autor do comportamento ilícito compromete-se com obrigação de fazer ou não fazer, ou mesmo providências compensatórias, destinadas à diminuição ou reversão dos efeitos de sua atuação antijurídica.

Atualmente, o compromisso de ajustamento vem se revelando em um instrumento de grande utilidade na composição de interesses de consumidores e fornecedores, como espécie de meio alternativo à tutela jurisdicional. Uma primeira característica do compromisso de ajustamento é de que será celebrado necessariamente com um ente público, podendo o outro celebrante ser um particular ou mesmo, outro ente público. E pode mesmo envolver mais de um órgão público, como ocorre quando, por exemplo, o Ministério Público e o órgão administrativo de defesa do consumidor tomam o compromisso de um fornecedor ou conjunto de fornecedores. Também é importante considerar que não se trata de uma transação, porquanto em geral possa ser concedido prazo para adequação de determinada conduta do fornecedor aos termos ajustados no respectivo compromisso.

Outro aspecto que deve ser considerado é a subordinação do compromisso de ajustamento às exigências legais. Não há assim, como os órgãos públicos que tomam o compromisso, na condição de legitimados para defesa dos direitos dos consumidores, dispor sobre o direito subjetivo de que estes sejam titulares. Por tratar-se de espécie de negócio jurídico estabelecido entre o legitimado e o fornecedor, pode conter detalhamento sobre o modo de cumprimento do

83. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, 2. ed., p. 1.215.

84. "Processo Civil. Recurso Especial. Compromisso de Ajustamento de Conduta. Título Executivo Extrajudicial. Legitimidade do Ministério Público para propor a Execução. 1. Consoante decidiu esta Turma, ao julgar o REsp 443.407/SP (rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 25.04.2006, p. 106), encontra-se em plena vigência o § 6.º do artigo 5.º da Lei n. 7.347/1985, de forma que o descumprimento de compromisso de ajustamento de conduta celebrado com o Ministério Público viabiliza a execução da multa nele prevista. No referido julgamento, ficou consignado que a Mensagem n. 664/90, do Presidente da República – a qual vetou parcialmente o Código de Defesa do Consumidor –, ao tratar do veto aos artigos 82, § 3.º, e 92, parágrafo único, fez referência ao artigo 113, mas não o vetou. 2. Recurso especial provido para reconhecer a força executiva do compromisso de ajustamento de conduta firmado com o Município de Curitiba e a legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento da execução" (STJ, REsp 828.319/PR, 2.ª T., j. 16.12.2010, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08.02.2011).

85. MAZZILI. *A defesa dos interesses difusos em juízo...*, 19. ed., p. 366-367.

direito, no espaço da autonomia negocial das partes, desde que preserve e promova sua eficácia, o que poderá não ser necessariamente admitido nos estritos limites do pedido da ação coletiva.⁸⁶ De outra parte, a eficácia do compromisso encontra-se intimamente vinculada à previsão de cominações para o descumprimento das condutas ajustadas no título, uma vez que estas é que deverão ser exigidas quando do procedimento executivo fundado no respectivo instrumento (como por exemplo, a cominação de multa pelo descumprimento). Neste aspecto, a introdução deste parágrafo na Lei da Ação Civil Pública torna sem efeito o veto presidencial feito ao § 3.º do artigo 82, que previa a qualidade de título executivo extrajudicial aos compromissos de ajustamento celebrados especificamente no âmbito do CDC.

Por fim, considere-se que quaisquer dos órgãos públicos legitimados para a defesa coletiva dos consumidores prevista no CDC poderão promover a celebração do compromisso de ajustamento. Contudo, considerando que a atuação destes órgãos é independente entre si (legitimação concorrente disjuntiva), deve-se ressaltar que, mesmo já tendo sido celebrado compromisso de ajustamento por iniciativa de um dos legitimados, assiste a qualquer dos demais órgãos a possibilidade de discutir judicialmente os termos ajustados. Neste caso, as obrigações constantes do termo celebrado, considerando que os órgãos públicos não são os titulares dos direitos objetos do ajuste, servirão como padrão mínimo para a garantia dos direitos dos consumidores. Solução distinta desta equivaleria a retirar dos demais legitimados e dos consumidores em geral, após a celebração do compromisso de ajustamento, o direito de acesso à Justiça para realização dos seus direitos, o que ofenderia não apenas os direitos preservados pelo CDC, como também a garantia de acesso à Justiça prevista na Constituição.

86. "Recurso especial. Consumidor. Processual civil. Ação civil pública. Transporte aéreo. Dever de informação. Formulário escrito. Inexistência de norma específica ao tempo da propositura da ação. Improcedência. Danos morais coletivos. Inocorrência. Recurso provido. 1. É inviável o ajuizamento de ação civil pública para condenar certa companhia aérea a cumprir o dever de informar os passageiros acerca de atrasos e cancelamentos de voos, seguindo forma única e detalhada, sem levar em conta a generalidade de casos e sem amparo em norma específica, apenas com suporte no dever geral de prestar informações contido no art. 6.º, III, do Código de Defesa do Consumidor. 2. A condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em ultima ratio, seus valores primordiais. Assim, o reconhecimento de dano moral coletivo deve se limitar às hipóteses em que configurada grave ofensa à moralidade pública, sob pena de sua banalização, tornando-se, somente, mais um custo para as sociedades empresárias, a ser repassado aos consumidores. 3. No caso concreto, não restou configurada a grave ofensa à moralidade pública a ensejar o reconhecimento da ocorrência de dano moral coletivo. 4. Recurso especial provido" (STJ, REsp 1303014/RS, Rel. Rel. p/ Acórdão Min. Raul Araújo, 4.ª Turma, j. 18.12.2014, DJe 26.05.2015). Vale, todavia, a referência ao voto vencido do Min. Luis Felipe Salomão, que afirma: "(...) é ponto incontroverso que o direito à informação é direito fundamental, consagrado em nosso ordenamento jurídico. Dessa forma, parece claro que não depende de regulamentação para ser cumprido. Se ficar comprovada a inadequação e insuficiência da informação prestada ao consumidor – como foi a conclusão do Tribunal de origem –, deve o fornecedor ajustar sua conduta". Da mesma forma, o voto do Min. Antônio Carlos Ferreira, ao referir que "parece-me ser bastante antigo o dever do transportador disponibilizar aos usuários dos seus serviços formulário impresso que ateste o eventual atraso. Trata-se de uma praxe anterior à Constituição de 1988, ao Código de Defesa do Consumidor e às normas da ANAC (...). Não creio que a simples disponibilização desse formulário represente graves implicações em termos de custos à empresa aérea. Ademais, seja como for, trata-se de uma obrigação decorrente da relação de consumo".

2.5 AÇÕES COLETIVAS PARA DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Já examinamos que os interesses ou direitos individuais homogêneos, são os direitos individuais, aos quais se admite tutela pela via coletiva, em vista da circunstância de decorrerem de origem comum. Ou seja, ele não perde o seu caráter individual, na medida em que serão titulares destes direitos todos quanto tenham sofrido uma mesma lesão, ou tenham percebido um mesmo direito em decorrência de uma certa circunstância de fato e de direito. Assim, por exemplo, será direito individual homogêneo o direito à percepção de indenização, de que sejam titulares todas as vítimas afetadas pela queda de um avião ou em decorrência de outro acidente de consumo, assim como seus sucessores, quando for o caso.

O que caracteriza o direito individual homogêneo, assim, é a existência de uma origem comum, que liga todos os titulares, conferindo seu caráter homogêneo. A existência deste caráter homogêneo, aliás, configura como pressuposto da sua postulação por intermédio da tutela coletiva. Para Ada Pellegrini Grinover, a falta de homogeneidade dos direitos postulados pode dar causa a que a mesma não seja admitida, por falta de possibilidade jurídica do pedido.⁸⁷

Ocorre que, embora homogêneos em razão de sua origem, no que tange ao seu conteúdo e, sobretudo, sua quantificação cada titular terá em conta a extensão do seu direito, sua mensuração, a qual não será identidade com a dos demais titulares. Daí porque, a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos ao tempo em que permite na fase de conhecimento a obtenção de uma sentença de procedência de conteúdo genérico (artigo 95 do CDC), em processo que pode ser promovido por algum dos autores coletivos previstos no artigo 82 do CDC, no que se refere à liquidação e execução da sentença, oportuniza que seja realizada tanto pelos legitimados para defesa coletiva, quanto por cada um dos titulares dos direitos contemplados pela tutela jurisdicional, o que é ínsito ao procedimento uma vez que há a necessidade de liquidação da sentença, com vista a estabelecer o *quantum* que a corresponderá a cada um.⁸⁸

As ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, como já tivemos oportunidade de mencionar, tem sua inspiração principal no direito norte-americano e no modelo das *class actions for damages*. Neste sistema, a ação coletiva só terá lugar quando reconhecido os requisitos da prevalência e superioridade dos interesses coletivos sobre os individuais. E conforme ensina Ada Pellegrini Grinover, “a análise das decisões judiciais mais representativas, no campo das *class actions for damages*, demonstra que a existência dos mencionados requisitos tem sido reconhecida, até como facilidade, em campos que não são os do vício do produto: em matéria de desastres ambientais, de acidentes aéreos, de desmoroamento de obras, de prejuízos aos trabalhadores, muitas são as ações de classe reparatórias de danos individuais em que houve não só a *certification* [juízo de admissibilidade], mas também o juízo posterior, chegando-se à sentença final”.⁸⁹

Assim, com relação a sua incorporação em nosso sistema, por intermédio das ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos, cuja sistemática está prevista nos artigos

87. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 863.

88. Neste sentido, aliás, que é coerente a noção de titulares individuais e identificáveis presentes na ação, que não se admitirá a liquidação por arbitramento, quando se trate de direitos ou interesses individuais homogêneos, conforme se orienta o entendimento do STJ: REsp 1.187.632/DF, 4.ª T., j. 05.06.2012, rel. p/ Acórdão Min. Antonio Carlos Férreira, DJe 06.06.2013.

89. Idem, p. 858.

91 a 100 do CDC, algumas considerações introdutórias são de grande utilidade. Em primeiro lugar, note-se que o artigo 91 do CDC, assim refere: “Os legitimados de que trata o artigo 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes”. O conteúdo dos direitos individuais homogêneos, de acordo com a sistemática do CDC constitui, pois, um *direito à indenização*, de titularidade individual, e que derive de um mesmo fato (evento, comportamento ou sucessão de comportamentos do fornecedor). Contudo, a ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos não circunscreve seu objeto à reparação de danos dos consumidores em decorrência da responsabilidade do fornecedor por fato do produto ou do serviço (acidentes de consumo). Neste mesmo regime de responsabilidade, o artigo 17 do CDC equipara a consumidores todas as vítimas do evento, as quais, por isso, estarão igualmente titulares de direito à indenização, assim como os consumidores que porventura venha a ser prejudicados em decorrência da publicidade enganosa de um mesmo fornecedor.

O objeto dos direitos individuais homogêneos é divisível, porquanto cada titular-vítima experimentou um prejuízo distinto, razão pela qual a sentença de procedência apenas deverá fixar a responsabilidade do réu pelos danos em questão, assim como seu dever de indenizar, deixando a mensuração do quantum indenizatório para a fase posterior, da liquidação e execução do julgado.

No que tange à legitimidade ativa para as ações coletivas de defesa dos direitos individuais homogêneos, todos os legitimados para tutela coletiva (artigo 82) também o são para a espécie. São eles: (I) o Ministério Público; a União, (II) 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 pelo CDC; (IV) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC. A legitimidade do Ministério Público, como já referimos, será reconhecida, uma vez observada a relevância social do interesse (veja-se item 2.2.2.1, desta III Parte). Neste sentido, quando não for o autor da ação, deverá atuar como fiscal da lei (*custos legis*), o que se justifica pelo interesse público presente na resposta jurisdicional adequada para o direito dos consumidores. A forma de legitimação ativa para esta espécie de tutela coletiva surge, então, como hipótese de legitimação disjuntiva e concorrente, sendo que no caso das ações para defesa de direitos individuais homogêneos, considerando que não será titular destes direitos,⁹⁰ atuará a título de substituição processual.⁹¹

Assiste dos indivíduos titulares dos direitos objeto da ação coletiva, ingressarem na mesma na qualidade de litisconsortes.⁹² Esta providência, que aliás é de tal modo a valorizada pelo CDC, que inclusive busca assegurar ampla publicidade da ação, inclusive com a publicação de editais no órgão oficial, nos meios de comunicação, assim como a divulgação por parte dos órgãos de defesa do consumidor (artigo 94 do CDC). Contudo, do ponto de vista prático, a

90. Diferentemente das *class actions* do direito norte-americano, em que um dos titulares do direito individual pode ser admitido como litigante em favor dos demais titulares, mediante requerimento e concessão da *certification* pelo juiz.

91. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 869.

92. MALDONADO DE CARVALHO, José Carlos. *Direito do consumidor*. Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 227.

intervenção do consumidor titular de direito individual como litisconsorte ativo da ação coletiva, é contraproducente.⁹³ Isto porque, caso não venha a participar da demanda coletiva, e a decisão desta seja de improcedência, conserva a possibilidade de ingressar com ação individual para reclamar indenização dos danos pessoalmente sofridos em razão do mesmo fato. Contudo, se tiver intervindo na ação na condição de litisconsorte, deverá submeter-se aos efeitos da improcedência do pedido (artigo 103, § 2.º, do CDC). Todavia, na hipótese de procedência do pedido da ação coletiva, seus efeitos não contemplar o titular do direito individual tutelado, independente de sua intervenção ou não no processo (artigo 103, III, do CDC). A única circunstância a ressalvar é a hipótese do consumidor, titular do interesse individual homogêneo, não requerer a suspensão da ação individual que estiverem promovendo no prazo de 30 dias a contar da ciência, nos autos, da interposição da demanda coletiva (artigo 104 do CDC).

Nada impede, por outro lado, que em uma mesma ação coletiva se pretenda a tutela de direitos individuais homogêneos e também de direitos difusos ou coletivos, que podem resultar de uma mesma situação de violação a direito do consumidor, a qual repercute de modo distinto em relação a consumidores atingidos diretamente, e também na lesão a interesses da coletividade.⁹⁴

93. Sem prejuízo de que ocorra, fazendo jus, inclusive, à isenção de custas e ônus sucumbenciais, conforme decidiu o STJ, no REsp 1.116.897/PR, 4.ª T., j. 24.09.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 15.10.2013.

94. "Direito coletivo e direito do consumidor. Ação civil pública. Plano de saúde. Cláusula restritiva abusiva. Ação híbrida. Direitos individuais homogêneos, difusos e coletivos. Danos individuais. Condenação. Apuração em liquidação de sentença. Danos morais coletivos. Condenação. Possibilidade, em tese. No caso concreto danos morais coletivos inexistentes. 1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer. 2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaraçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis. 3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva. 4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). 5. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que desembolsou os valores ilícitamente sonogados pelo plano. Tais prejuízos, todavia, dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações rever-

2.5.1 Competência

A competência jurisdicional para as ações coletivas de defesa dos direitos individuais homogêneos é estabelecida pelo artigo 93 do CDC, que refere: “Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”. Segundo Ada Pellegrini Grinover, embora inserida no capítulo relativo às ações coletivas para defesa dos interesses individuais homogêneos, a norma do artigo 93 “rege todo e qualquer processo coletivo, estendendo-se às ações em defesa de interesses difusos e coletivos”.⁹⁵ Sugere, pois, uma aplicação interpretação extensiva da norma.

Note-se que o artigo 93 expressamente ressalva a competência da justiça federal para, após, fixar a competência das ações coletivas para a justiça comum estadual. Segundo entendimento do STJ, em primeiro grau, mesmo nas causas em que exista interesse da União (o que em tese determinaria a competência da justiça federal), é reconhecida a competência da justiça comum estadual para conhecer e julgar as demandas. Neste sentido, duas são as alternativas estabelecidas pelo CDC, em matéria de competência territorial: a) o foro do lugar do dano, quando este for de âmbito local; b) o foro da capital do Estado, ou no Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional.

A primeira hipótese, que fixa a competência do juízo do lugar do dano (*forum delicti commissi*), consagra regra que atende ao direito do consumidor de acesso à justiça e, mesmo, de efetividade da prestação jurisdicional, porquanto esta proximidade poderá auxiliar na produção de provas e, em muitos casos, inclusive coincide com o lugar de domicílio das vítimas. A regra, para atribuição da competência, no caso, é a extensão do dano cuja pretensão de ressarcimento é objeto da ação. Se for a hipótese de dano de âmbito local, é determinada a competência do lugar do dano, como mencionado. Se for o caso de dano de âmbito regional ou nacional, o artigo 93, II, do CDC, estabelece a competência do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. A compreensão desta segunda regra de competência poderia induzir que para os danos de âmbito regional seria fixada a competência do foro da capital do Estado, enquanto que para outros, de âmbito nacional, seria determinada a competência do foro do Distrito Federal. Entretanto, não é este o entendimento da jurisprudência dominante. A nosso ver, com acerto, a regra do artigo 93, II, do CDC vem sendo interpretada como hipóteses alternativas facultando-se ao autor coletivo a interposição da ação tanto no Distrito Federal, quanto na capital dos Estados, situação em que se terá a competência concorrente do Distrito Federal e da capital dos Estados. Esta interpretação é criticada sob o argumento de que “as regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal”,⁹⁶ o que ocorreria na hipótese da competência concorrente em danos de âmbito nacional, obrigando os réus a se deslocarem para qualquer uma das diversas capitais do país para promover sua defesa. Em que pese o respeitável entendimento, consideramos que esta interpretação majoritária de reconhecimento da competência concorrente entre o foro do Distrito Federal e das

síveis a fundos públicos na hipótese da *fluid recovery*, prevista no art. 100 do CDC. Acórdão mantido por fundamentos distintos. 6. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1293606/MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4.ª Turma, j. 02.09.2014, DJe 26.09.2014).

95. GRINOVER, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*...p. 874.

96. *Idem*, p. 878.

capitais dos Estados vem em benefício do direito de acesso à justiça por parte dos consumidores organizados e demais órgãos legitimados. É preciso considerar, sobretudo em vista da realidade da atuação das associações, que por mais organizadas que estejam, sua atuação em geral está restrita a uma determinada sede física, embora a abrangência de sua representação muitas vezes se estenda por várias regiões, Estados, ou mesmo nacionalmente. Lembre-se que as mesmas são constituídas para fins não econômicos, e muitas delas subsistem com dificuldades, sem prejuízo da eficácia e compromisso de sua atuação. Por outro lado, o fornecedor que venha a causar danos de âmbito nacional, em regra será porque possui atuação de âmbito nacional. O controle realizado pelo juiz quanto à abrangência do dano, se local, regional ou nacional, pode servir para a definição da competência dentre as duas alternativas fixadas no artigo 92 (inciso I ou II), mas com relação à competência para danos de âmbito regional ou nacional, parece-nos que o entendimento que a concorrência entre os foros das capitais dos Estados e do Distrito Federal é o mais adequado em vista da promoção do acesso à justiça a todos os legitimados,⁹⁷ mas especialmente em relação às associações de defesa dos consumidores.

Da mesma forma, considere-se não caber, com relação à determinação do foro competente, que o fornecedor sustente a existência de cláusula de eleição de foro, a qual neste caso – a par de eventual entendimento sobre sua nulidade em face do seu caráter abusivo – deve ser considerada ineficaz do ponto de vista processual. Isto porque, de acordo com a sistemática da defesa coletiva de interesses individuais homogêneos, os legitimados para agir não são titulares dos direitos que postulam, não existindo fundamento para que fiquem subordinados à relação jurídica de que não foi parte.

2.5.2 Eficácia da decisão em caso de procedência do pedido

A decisão da ação coletiva de defesa de direitos individuais homogêneos, em caso de procedência do pedido formulado, terá por conteúdo condenação genérica do réu, estabelecendo sua responsabilidade pelos danos a serem indenizados (artigo 95). A eficácia da coisa julgada

97. Nesse sentido decidiu o STJ: "Direito do Consumidor e Processual Civil. Ação Civil Pública. Dano ao consumidor em escala nacional. Foro competente. Exegese do artigo 93, inciso II, do CDC. 1. O alegado dano ao consumidor que compra veículo automotor, com cláusula de garantia supostamente abusiva, é de âmbito nacional, porquanto a garantia de que se cogita é a fornecida pela fábrica, não por concessionária específica, atingindo um número indeterminado de consumidores em todos os Estados da Federação. 2. No caso, inexistente competência exclusiva do Distrito Federal para julgamento de ações civis públicas cuja controvérsia grave em torno de dano ao consumidor em escala nacional, podendo a demanda também ser proposta na capital dos Estados da Federação, cabendo ao autor a escolha do foro que lhe melhor convier. 3. Cumpre notar que, muito embora o inciso II do artigo 93 do CDC tenha criado uma vedação específica, de natureza absoluta – não podendo o autor da ação civil pública ajuizá-la em uma comarca do interior, por exemplo –, a verdade é que, entre os foros absolutamente competentes, como entre o foro da capital do Estado e do Distrito Federal, há concorrência de competência, cuidando-se, portanto, de competência relativa. 4. Com efeito, tendo sido a ação distribuída a uma vara cível do Distrito Federal, obtendo inclusive sentença de mérito, não poderia o Tribunal a quo, de ofício, por ocasião do julgamento da apelação, declinar da competência para a comarca de Vitória/ES, porque, a um só tempo, o autor, a quem cabia a escolha do foro, conformou-se com a tramitação do processo no Distrito Federal, e porque entre Vitória/ES e o Distrito Federal há competência concorrente para o julgamento da ação, nos termos do artigo 93, II, do CDC, não podendo haver tal providência sem a manifestação de exceção de incompetência. 5. Recurso especial provido" (STJ, REsp 712.006/DF, 4.ª T., j. 05.08.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 24.08.2010).

nesta hipótese, conforme o preceito do artigo 103, III, do CDC, possui eficácia *erga omnes*, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Neste sentido, os titulares de direito reconhecidos via ação coletiva, poderão habilitar-se para proceder a liquidação da sentença, procedimento que visa à apuração e determinação do *quantum* da indenização devida a cada uma das vítimas e sucessores. Aqui, então, vai manifestar-se a natureza divisível dos direitos individuais homogêneos, porquanto o procedimento de liquidação, no qual deverão participar todos os titulares dos direitos postulados na ação julgada procedente, terá por utilidade a mensuração e exata determinação do *quantum* da indenização.

Esta eficácia *erga omnes* da sentença de procedência, prevista no artigo 103, III, do CDC, não restou comprometida pela alteração introduzida na Lei da Ação Civil Pública pela Lei 9.494/97. Esta, visando restringir os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas, alterou a redação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública para determinar que “a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Ocorre que a Lei da Ação Civil Pública aplica-se à tutela dos interesses difusos e coletivos, não abrangendo os interesses individuais homogêneos regulados pelo CDC. E mesmo em relação aos direitos difusos e coletivos, uma vez que não foram expressamente revogadas as disposições do artigo 103 do CDC, e, principalmente o que dispõe o artigo 93 do CDC ao regular a regra de fixação da competência territorial do órgão em vista da abrangência do dano (local, regional ou nacional), pode-se concluir que na defesa coletiva de direitos dos consumidores, mantém-se plenamente a eficácia prevista nas normas do microsistema. O STJ, discutindo o foro para execução da sentença em ação coletiva que tenha por objeto direitos individuais homogêneos, decidiu pela possibilidade do beneficiário da decisão promover a execução em seu domicílio, não importando a competência territorial do órgão julgador, sob pena de ofensa à coisa julgada.⁹⁸

Contudo, na hipótese de já haver sido interpostas ações individuais pelos titulares de direitos individuais homogêneos, e no curso destas, ocorrer a promoção de ação coletiva por algum dos legitimados na forma do artigo 82 do CDC, os efeitos da eventual procedência desta

98. “Direito processual. Recurso representativo de controvérsia (art. 543-C, CPC). Direitos metaindividuais. Ação civil pública. Apadeco x Banestado. Expurgos inflacionários. Execução/liquidação individual. Foro competente. Alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. Limitação territorial. Impropriedade. Revisão jurisprudencial. Limitação aos associados. Inviabilidade. Ofensa à coisa julgada. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2.º-A, *caput*, da Lei n. 9.494/97. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido” (STJ, REsp 1243887/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Corte Especial, j. 19.10.2011, *DJe* 12.12.2011). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1380787/SC, Rel. Min. Og Fernandes, 2.ª T., j. 19.08.2014, *DJe* 02.09.2014; REsp 1495354/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 16.12.2014, *DJe* 06.04.2015.

demanda coletiva só irão beneficiar dos autores das ações individuais, se estes requererem a suspensão das respectivas demandas. O artigo 104 do CDC, estabelece o prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência nos autos, do ajuizamento de ação coletiva, para que estes autores das ações individuais requeiram a suspensão das respectivas demandas.

2.5.3 Eficácia da decisão em caso de improcedência do pedido

No caso de improcedência do pedido da ação coletiva que tenha por objeto a proteção de direitos individuais homogêneos, o artigo 103, § 2.º estabelece que “os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual”. Ou seja, a eficácia da coisa julgada na hipótese de improcedência do pedido não atinge aos titulares do direito postulado, a não ser que tenham intervindo no processo como litisconsortes ativos do autor coletivo. Neste sentido, tendo havido a sentença de improcedência, independentemente de seus fundamentos, poderá o titular dos direitos postulados pela via da tutela coletiva, fazê-lo por intermédio de ação individual. A decisão de improcedência não vulnera a pretensão dos titulares do direito, embora termine por se configurar em precedente, o qual poderá ser considerado pelo juiz da ação individual. Trata-se como bem refere a doutrina, da chamada coisa julgada *in utilibus*,⁹⁹ ou seja, de acordo com o resultado da demanda, possuindo o efeito vinculativo da decisão de improcedência apenas ao próprio autor coletivo e aos titulares dos direitos individuais homogêneos postulados, que tenham participado do processo na qualidade de litisconsortes ativos. Aos demais, aproveitará apenas a sentença útil, que no caso será a sentença de procedência da demanda.

A demanda individual a ser proposta pelo titular dos interesses individuais (e.g. ação indenizatória individual), apenas será poderá renovar, se assim entender seu autor, os fundamentos de fato e de direito que sustentam a pretensão, e que já foram relacionados na ação coletiva julgada improcedente. Não há nada na demanda coletiva que vincule a atuação do titular do direito individual na hipótese de improcedência, podendo renovar a pretensão, via ação individual, por intermédio de pedido que o favoreça.

Com tal providência o CDC assegura a possibilidade do titular de direito individual postulado por intermédio de ação coletiva, de optar por aguardar o curso regular da ação coletiva sem intervir no processo, qualificar-se como litisconsorte ativo,¹⁰⁰ ou aguardar sua decisão definitiva. Nesta última situação, havendo decisão de procedência, não tendo havido a intervenção do titular do direito este se beneficia da eficácia da sentença. E no caso de improcedência, dada a característica da coisa julgada *in utilibus*, poderá renovar o pedido por intermédio de uma ação individual, não afetando resultado de improcedência da primeira demanda sobre a segunda ação, de caráter individual.

Da mesma forma ocorrerá na hipótese de ter sido requerida a suspensão da ação individual, mediante requerimento no prazo de até trinta dias contados da data de ciência nos autos,

99. MANCUSO. *Jurisdição coletiva e coisa julgada...*, p. 283-308. GRINOVER. *O Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 934.

100. Quanto ao tema, questiona Sandra Lengruber se a hipótese seria de autêntico litisconsórcio ativo, para o que deveria investigar-se a possibilidade de o indivíduo prosseguir com a ação sozinho em caso de desistência do legitimado coletivo. LENG RUBER, Sandra. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Método, 2004, p. 174. Parece-nos que esta possibilidade inexistente, em face da legitimação exaustiva do artigo 82 do CDC que não reconhece a legitimação da pessoa física para interposição da demanda coletiva.

do ajuizamento de ação coletivas superveniente. Neste caso, havendo a improcedência da ação coletiva, o processo individual que se encontra suspenso retoma seu curso normal, podendo o autor ainda ser beneficiado com a sentença de procedência em sua demanda individual.

2.5.4 Liquidação e execução da sentença

A decisão de procedência da ação coletiva que tenha por objeto direitos individuais homogêneos, segundo dispõe o artigo 95 do CDC, será certa, na medida em que fixa a responsabilidade do réu para a indenização dos danos reconhecidos na demanda, mas ao mesmo tempo será ilíquida, porquanto não estabelecerá um quantum indenizatório, nem quantos são os titulares do direito reconhecido. Separa-se, neste ponto, do sistema das *class actions* do direito norte-americano, e que lhe serviu de inspiração, no qual o juiz desde logo pode estabelecer, no momento da condenação, o valor da indenização devida. Assim, o procedimento de liquidação da sentença, previsto no artigo 97 do CDC, cujo objetivo é verificar quais são os interessados e quanto cada um faz jus, em vista dos prejuízos individualmente sofridos.

Neste sentido não se perquire mais sobre a existência do dever de indenizar do réu, já reconhecido na decisão da ação coletiva. Apenas se irá verificar, dentre os interessados que venham a se habilitar como titulares do direito reconhecido na sentença (vítimas do dano ou seus sucessores), se os mesmos ostentam a qualidade exigida para fazer jus à indenização, ou seja, se sofreram os danos cujo dever de indenizar foi consagrado na sentença. Será admitido nesta fase, como ensina Ada Pellegrini Grinover, o contraditório pleno e a cognição exauriente,¹⁰¹ devendo o liquidante interessado demonstrar cabalmente a titularidade do direito em questão. Note-se que nesta situação, a causa de exigibilidade da indenização já está afirmada, cabendo ao liquidante a demonstração de que a ela faz jus (*an debeatur*), sobretudo com a “demonstração do nexo causal entre a condenação genérica e a sua posição jurídica individual”.¹⁰² Um segundo momento será a definição do *quantum* indenizatório (*quantum debeatur*) a que faz jus cada liquidante habilitado. Nesta situação, o interessado deverá demonstrar quais danos materiais e morais suportou, de modo mensurar o valor devido pelo réu. No elucidativo exemplo de Mancuso, se a sentença coletiva condena um determinado laboratório a indenizar quem tenha ingerido medicamento fabricado por ele, e nocivo à saúde humana, caberá ao liquidante que pretende se habilitar à percepção da indenização: 1) que consumia tal produto, tendo pois sofrido danos; e 2) qual foi o dano e sua respectiva extensão.¹⁰³

A liquidação se realiza a partir do título judicial, que é a certidão da sentença que julgou a demanda coletiva, assim como a comprovação ou não do trânsito em julgado, para efeito de se verificar se é caso de cumprimento provisório (arts. 520-522) ou definitivo (artigos 523-527 do CPC) da sentença. E pode ser promovida no domicílio do consumidor, não havendo neste particular a prevenção do juízo que tenha prolatado a sentença.¹⁰⁴ O prazo para que os interes-

101. GRINOVER. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 886.

102. MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, p. 242.

103. *Idem*, p. 242-243.

104. “Recurso Especial. Conflito de competência negativo. Execução individual de sentença proferida no julgamento de ação coletiva. Foro do domicílio do consumidor. Inexistência de prevenção do juízo que examinou o mérito da ação coletiva. Teleologia dos artigos 98, § 2.º, II e 101, I, do CDC. 1. A execução individual de sentença condenatória proferida no julgamento de ação coletiva não segue a regra geral dos artigos 475-A e 575, II, do CPC, pois inexistente interesse apto a justificar a

sados se habilitem no procedimento de liquidação da sentença coletiva será de um ano, embora este prazo fixado no artigo 100, do CDC, não será preclusivo,¹⁰⁵ mas apenas autoriza, não havendo até o seu termo a “habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano”, que qualquer dos legitimados para a interposição da tutela coletiva (artigo 82 do CDC), passem a promover a liquidação e execução do julgado.¹⁰⁶ Trata-se aqui, da situação de determinação da *fluid recovery*, cuja finalidade está em não permitir diante da ausência de titulares de direitos individuais interessados na liquidação e execução da indenização, que o fornecedor autor do ilícito não venha a responder patrimonialmente pelos danos causados. A ausência de interesse dos titulares dos direitos reconhecidos na sentença coletiva pode derivar de diferentes causas, desde o pequeno valor da indenização (no caso dos pequenos danos multiplicados pela economia de escala do fornecedor), até a falta de conhecimento – por maior que sejam os esforços de publicidade, inclusive com a publicação de editais sobre o trânsito em julgado da sentença – acerca da titularidade do direito em questão.

Quanto ao lugar em que deve se dar a liquidação e execução da sentença na ação coletiva, uniformizou seu entendimento o STJ, no sentido de que poderá ser feita no domicílio do consumidor, e não necessariamente perante o juízo que prolatou a decisão.¹⁰⁷

prevenção do Juízo que examinou o mérito da ação coletiva para o processamento e julgamento das execuções individuais desse título judicial. 2. A analogia com o artigo 101, I, do CDC e a interpretação desta regra com a contida no artigo 98, § 2.º, I, do mesmo diploma legal garantem ao consumidor a prerrogativa processual do ajuizamento da execução individual derivada de decisão proferida no julgamento de ação coletiva no foro de seu domicílio. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1098242/GO, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.ª T., j. 21.10.2010, DJe 28.10.2010). No mesmo sentido: “Recurso Especial. Artigo 105, inciso III, alínea ‘c’, da CF Cotejo analítico. Circunstâncias fáticas. Inexistência. Execução. Competência. Domicílio do autor. Possibilidade. 1. Não se conhece do recurso especial, interposto com base no artigo 105, inciso III, alínea ‘c’, da CF, quando o recorrente limita-se a transcrever ementas de julgados, enfatizando trechos e argumentos que se alinham ao pleito recursal, sem providenciar, porém, o necessário cotejo analítico, a fim de demonstrar a similitude fática entre os casos decididos, na forma dos artigos 541, parágrafo único, do CPC, e 255, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 2. Os artigos 98, inciso I, e 101, inciso I, ambos do Código de Defesa do Consumidor, permitem que a liquidação e execução de sentença coletiva sejam feitas no domicílio do autor. 3. Não se pode obrigar os beneficiários de sentença coletiva a liquidá-la e executá-la no foro em que a ação coletiva fora processada e julgada, sob pena de inviabilizar a tutela dos seus direitos. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido” (STJ, REsp 1122292/GO, 2.ª T., j. 21.09.2010, rel. Min. Castro Meira, DJe 04.10.2010).

105. Tratando-se de pretensão reparatória por danos causados pelo fornecedor, o prazo prescricional será de cinco anos, em conformidade com o disposto no artigo 27 do CDC. Neste sentido, referido prazo será interrompido em face da citação válida do processo (artigo 219) do CPC, voltando a fluir a partir da intimação da sentença definitiva que reconhece o direito, que inclusive poderá ser realizada por edital. Conforme: GRINOVER. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado*..., 8. ed., p. 887.
106. Para o caráter subsidiário dos legitimados coletivos para a execução do julgado, veja-se: STJ, REsp 1.156.021/RS, 4.ª T., j. 06.02.2014, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 05.05.2014.
107. “Direito processual. Recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, CPC). Direitos metaindividuais. Ação civil pública. APADECO x BANESTADO. Expurgos inflacionários. Execução/liquidação individual. Foro competente. Alcance objetivo e subjetivo dos efeitos da sentença coletiva. Limitação territorial. Impropriedade. Revisão jurisprudencial. Limitação aos associados. Inviabilidade. Ofensa à coisa julgada. 1. Para efeitos do artigo 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio

Esta extensão da legitimação coletiva também para a promoção da liquidação e execução da sentença, visa garantir a efetividade da tutela, por intermédio da exigência da indenização ainda quando não existam interessados formalmente habilitados. Criou-se então, a partir da jurisprudência norte-americana, uma espécie de reparação fluida (*fluid recovery*),¹⁰⁸ cuja destinação, embora não seja o ressarcimento direto e específico dos lesados, tem finalidade conexa ou associada aos fins perseguidos pela norma, que no caso do CDC, será a proteção do direito dos consumidores. O artigo 100, parágrafo único, do CDC, estabelece então que "o produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985". Trata-se do Fundo Federal de Direitos Difusos, cujos recursos são geridos por um Conselho Federal Gestor, na forma do disposto pela Lei 9.008/95, que administra a destinação dos recursos para reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, dentre outros. Em nosso sistema, como a indenização nesta circunstância reverte em favor do Fundo destinado às várias espécies de direitos coletivos – transindividuais e individuais homogêneos – pode ocorrer de que nem sempre tais recursos estarão vinculados aos direitos concretamente ofendidos, podendo ser utilizados para reparação de direitos de outra espécie (e.g. os valores da indenização por danos ambientais ser utilizados em projetos relativos à defesa do consumidor, e vice-versa).¹⁰⁹

A destinação dos recursos para este Fundo previsto na Lei da Ação Civil Pública, entretanto, é residual, na medida em que a prioridade será – tratando-se de direitos individuais homogêneos – da reparação específica a cada uma das vítimas de dano, titulares do direito individual à reparação, objeto da ação coletiva. Neste sentido, a indenização só deverá reverter ao Fundo dos Direitos Difusos, se não houver interessados habilitados em número compatível com a gravidade do dano. Neste caso, a liquidação da sentença terá em vista não o dano individualmente causado a cada consumidor – o que seria evidentemente impossível diante da ausência de interessados –, mas sim o valor total do prejuízo causado como parâmetro para fixação do valor da indenização, considerando, igualmente, o seu caráter preventivo (função preventiva da indenização).

2.5.5 Prazo prescricional e ações coletivas

Um aspecto que ganhou relevo a partir da alteração de consolidado entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, diz respeito ao prazo para interposição da ação coletiva e sua relação com o prazo prescricional da pretensão individual por ela contemplada.

do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (artigos 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no artigo 2.º-A, *caput*, da Lei 9.494/97. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido" (STJ, REsp 1.243.887/PR, j. 19.10.2011, rel. Min. Luís Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12.12.2011).

108. *Idem*, p. 893; MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, 4. ed., p. 248-249.

109. A respeito, veja-se: SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006. p. 193-194.

Isso porque sempre foi claro que não se confundiam os dois temas: o prazo prescricional da pretensão individual é regra de direito material e quando não esgotado, viabilizaria seu exercício tanto pela via individual quanto pela via coletiva. Neste sentido não teria como se referir a um prazo diverso para a ação em si. Este entendimento, contudo, foi vulnerado por decisão do STJ em relação à pretensão de poupadores que cobravam expurgos inflacionários decorrentes de planos econômicos governamentais das décadas de 1980 e 1990, dos saldos de cadernetas de poupança das quais eram titulares, e que o fizeram por intermédio de ação coletiva. Ocorre que, no caso, referiu-se o STJ à existência de pretensões individuais e “pretensões coletivas”, sendo que estas últimas, por não existirem ao tempo dos fatos, porque anteriores ao CDC que as teria constituído, observariam prazo prescricional fixado por analogia, de cinco anos, previsto na Lei da Ação Popular (artigo 21, da Lei 4.717/65).¹¹⁰ Recorde-se que a citação válida, mesmo no processo coletivo, serve para interromper o prazo prescricional.

A questão central¹¹¹⁻¹¹² é perquirir se está correta a indicação de prazo de exercício de pretensão (questão de direito material), mediante recurso analógico a prazo de lei de natureza

110. “Civil e Processual Civil. Ação Civil Pública decorrente de direitos individuais homogêneos. Poupança. Cobrança dos expurgos inflacionários. Planos Bresser e Verão. Prazo prescricional quinquenal. 1. A ação civil pública e a ação popular compõem um microsistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no artigo 21 da Lei n. 4.717/65. 2. Embora o direito subjetivo objeto da presente ação civil pública se identifique com aquele contido em inúmeras ações individuais que discutem a cobrança de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, são, na verdade, ações independentes, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem comum, as quais não possuem os mesmos prazos de prescrição. 3. Em outro ângulo, considerando-se que as pretensões coletivas sequer existiam à época dos fatos, pois em 1987 e 1989 não havia a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública decorrente de direitos individuais homogêneos, tutela coletiva consagrada com o advento, em 1990, do CDC, incabível atribuir às ações civis públicas o prazo prescricional vintenário previsto no artigo 177 do CC/16. 4. Ainda que o artigo 7.º do CDC preveja a abertura do microsistema para outras normas que dispõem sobre a defesa dos direitos dos consumidores, a regra existente fora do sistema, que tem caráter meramente geral e vai de encontro ao regido especificamente na legislação consumerista, não afasta o prazo prescricional estabelecido no artigo 27 do CDC. 5. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 1070896/SC, 2.ª Seção, j. 14.04.2010, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04.08.2010).
111. “(...) 1. O ordenamento jurídico pátrio, a teor dos artigos 103, § 2.º, e 104, da Lei n.º 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor –, impele o Substituído a permanecer inerte até a conclusão do processo coletivo, na medida em que a ele impõe o risco de sofrer os efeitos da sentença da improcedência da ação coletiva – quando nela ingressar como litisconsorte –; e de não se beneficiar da sentença de procedência – quando demandante individual. 2. Diante desse contexto, a citação válida no processo coletivo, ainda que este venha ser julgado extinto sem resolução do mérito em face da ilegitimidade do Substituto Processual, configura causa interruptiva do prazo prescricional para propositura da ação individual. 3. Recurso especial a que se nega provimento” (STJ, REsp 1055419/AP, 5.ª T., j. 06.09.2011, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 21.09.2011).
112. Para detalhes sobre o caso concreto e nosso entendimento quanto a suas peculiaridades, especialmente no tocante à imprescritibilidade das ações relativas à poupança popular prevista no artigo 2.º, § 1.º, da Lei 2.313/1954, bem como a necessidade de proteção da confiança dos jurisdicionados em relação à alteração de jurisprudência em ações coletivas, remete-se ao parecer *pro bono* que elaboramos com Claudia Lima Marques, publicado na Revista de Direito do Consumidor: MARQUES, Claudia Lima. MIRAGEM, Bruno. Prescrição das ações coletivas, pretensão dos depositantes em

processual, que diz respeito a outra espécie de pretensão, transindividual, em proteção do Erário (como é o caso da Lei da Ação Popular). Parece-nos, a toda evidência, que esta não é a solução adequada.¹¹³ Isso porque o prazo prescricional é matéria típica de direito material, e como tal deve ser reconhecido, tanto na identificação da norma aplicável, quanto na sua interpretação e aplicação. Daí porque a solução indicada pelo STJ neste caso parece-nos incorreta. A rigor, são dois os prazos possíveis no ordenamento jurídico atual para reconhecimento da prescrição da pretensão e – consequentemente – dar causa à inviabilidade da ação coletiva: a) ou o prazo de cinco anos relativo à pretensão reparatória, previsto no artigo 27, do CDC; ou b) o prazo de dez anos previsto no artigo 205, do Código Civil, de caráter subsidiário. Tratando-se de pretensão havida antes da vigência do Código Civil de 2002, admite-se ainda a aplicação da regra de direito intertemporal do seu artigo 2028 (“Artigo 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”). Não há de se reconhecer assim, a existência de distinções entre prazos de prescrição de pretensões individuais e “pretensões coletivas”. Não há pretensão coletiva em se tratando de direitos individuais homogêneos. É sempre pretensão individual que pode ser objeto de tutela pela via coletiva de natureza condenatória¹¹⁴. A disciplina do próprio direito e da pretensão decorrente de sua violação, de sua vez, é estabelecida por norma de direito material, não se prestando à analogia com prazos processuais.

2.6 COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS

A coisa julgada é instituto primeiro de direito processual, mas com profundas projeções no direito material (e.g. direito constitucional, direito civil).¹¹⁵ Em termos conceituais, pode ser definida como *a autoridade e eficácia de uma sentença judicial, quando não exista contra ela meios de impugnação que permitam modificá-la*.¹¹⁶ Trata-se, assim, de uma exigência de estabilidade jurídica, razão pela qual a lei torna imutável, a partir de certo momento, o conteúdo da norma formulada na sentença, de modo que mais nenhum recurso possa ser interposto com relação ao julgado.¹¹⁷ Dois são os aspectos fundamentais a serem considerados com relação à coisa julgada. Primeiro, a chamada autoridade da coisa julgada, pela qual está só tem eficácia para as partes que integraram o processo; segundo, a denominada eficácia natural da coisa julgada, pela

poupança popular e a proteção da confiança do jurisdicionado na alteração de jurisprudência consolidada dos tribunais. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 77. São Paulo: RT, janeiro/2011, p. 373 et seq.

113. No mesmo sentido posiciona-se: ALMEIDA, João Batista. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 243-245.
114. Para a identificação da natureza condenatória da ação quando submetida à prescrição, veja-se a lição, já clássica, de: AMORIM, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, v. 744, p. 725 et seq. São Paulo: RT, outubro/1997.
115. Veja-se a respeito destas projeções da coisa julgada no direito material, o estudo de MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A coisa julgada e sua recepção no Código Civil. In: FILOMENO/WAGNER JÚNIOR/GONÇALVES. *O Código Civil e sua interdisciplinaridade...*, p. 283-306.
116. COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1985. p. 401.
117. MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA. *Temas de direito processual civil. Primeira Série*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 97.

qual toda a sentença emanada do Estado-juiz produz efeitos para além do processo, podendo vir a alcançar terceiros.¹¹⁸ Estas projeções dos efeitos da coisa julgada na relação entre as partes, e, segundo dadas condições, frente a terceiros, estão concentradas na compreensão do processo e da relação processual bipartida entre autor e réu, em vista da solução de um conflito intersubjetivo individualizado. No que se refere à eficácia da coisa julgada em matéria de defesa coletiva de direitos, a explicação da sua eficácia natural não é suficiente para compreender e explicar a projeção dos efeitos em vista de um número indeterminado de sujeitos (no caso dos direitos transindividuais), ou mesmo em relação a indivíduos que embora não participem do processo são beneficiados diretamente em vista da ação proposta por órgão ou entidade com legitimação autônoma (direitos individuais homogêneos). Isto porque, conforme refere Rodolfo de Camargo Mancuso, tal eficácia resulta de fatores objetivos que a determinam, quais sejam: "(i) a natureza indivisível do interesse e a correlata indeterminação dos sujeitos; (ii) a necessária irradiação extra-autos dos efeitos do julgado, em diverso escalonamento; (iii) o endereçamento dessa projeção para faixas diversas do universo coletivo, tanto podendo ser uma inteira coletividade (difusos: eficácia *erga omnes*); um grupo/categoria/classe (coletivos em sentido estrito: eficácia *ultra partes*); um número expressivo de sujeitos (individuais homogêneos: eficácia *erga omnes*, focada naquele contingente numérico); (iv) o pedido formulado (...)"¹¹⁹

Dáí porque é correto considerar que, no caso da eficácia da coisa julgada nas ações coletivas, os efeitos porventura estabelecidos não são decorrência natural deste instituto processual, senão de expressa previsão do legislador, que atendendo a certas conveniências e finalidades, determina-lhe certas projeções, para além da mera vinculação das partes a decisão definitiva do processo.

Esta eficácia expandida da coisa julgada prevista pelo legislador, em verdade, decorre da indivisibilidade do próprio objeto das ações coletivas, ao mesmo tempo em que a natureza dos direitos sob tutela¹²⁰ (difusos, coletivos, individuais homogêneos), torna impossível exigir a presença de todos os legitimados ordinários no processo em litisconsórcio multitudinário que, se fosse formado, estaria tornando impossível o regular curso do processo.

Dáí é que, em relação às ações coletivas de consumo, mas de resto aplicáveis suas disposições a todo o sistema de tutela coletiva brasileiro, previu o artigo 103 do CDC, a eficácia da coisa julgada para as ações coletivas em defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A eficácia da coisa julgada, nestas circunstâncias, irá distinguir-se em vista dos direitos objeto da ação coletiva. Neste sentido, o no caso da ação coletiva para tutela de direitos difusos, o artigo 103, I, do CDC estabelece a eficácia *erga omnes* da decisão definitiva, salvo hipótese de improcedência por falta de provas (coisa julgada *secundum eventum probationis*), hipótese em que qualquer legitimado poderá interpor ação com o mesmo fundamento jurídico, mas mediante apresentação de novas provas.

No caso dos direitos coletivos, o artigo 103, II, do CDC estabelece a eficácia *ultra partes* do julgado, ou seja, favorecendo todo o grupo, categoria ou classe titular dos direitos postulados e reconhecidos na ação, em face de relação jurídica base, dá causa ao referido direito. Ressalva-se, neste aspecto, a hipótese de improcedência da ação por falta de provas, circunstância pela

118. MANCUSO. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 361.

119. *Idem*, p. 366.

120. BARBOSA MOREIRA. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. Temas de direito processual civil. 3.ª série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 216.

qual qualquer dos legitimados, a exemplo das ações coletivas relativas a interesses difusos, poderá renovar o pedido em nova demanda (coisa julgada *secundum eventum probationis*).

Por fim, a coisa julgada nas ações coletivas que tenham por objeto direitos individuais homogêneos, como referimos, terá eficácia *erga omnes* apenas na hipótese de procedência do pedido. Neste caso, distingue-se substancialmente em relação a eficácia prevista para as demais hipóteses de ação coletiva (relativas a interesses difusos e coletivos), estabelecendo o critério da procedência do pedido como determinante da eficácia expandida da decisão (coisa julgada *secundum eventum litis*).¹²¹ Na hipótese de improcedência, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes da ação coletiva – e que portanto ficam submetidos como partes, à eficácia da coisa julgada daquela demanda – poderão propor ação de indenização a título individual.

A eficácia expandida da coisa julgada no sistema do CDC é a pedra de toque da existência do processo coletivo. A possibilidade de promover, via previsão legal da legitimidade dos autores coletivos, a proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, apenas tem sentido se o resultado da demanda possa aproveitar não apenas aos sujeitos do processo (que em regra, não são titulares dos direitos postulados), mas a todos os interessados no seu resultado final. Ou seja, a defesa coletiva de direitos justifica-se na medida em que a decisão terminativa do processo produza efeitos úteis aos interessados, estendendo sua eficácia para quem não seja parte do processo, e nem tenha notícia da sua existência. Para tanto é que se estrutura a sistemática da coisa julgada nas ações coletivas, prevista nos artigos 103 e 104 do CDC.

2.6.1 Coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos ou interesses difusos

O artigo 103, I, do CDC faz referência que as ações coletivas que tenham por objeto a tutela de direitos difusos, fazem coisa julgada *erga omnes*, “exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova”. Os direitos difusos, como já tivemos oportunidade de referir, são os direitos transindividuais de titularidade indeterminável, uma vez que muitas vezes dizem respeito a todas as pessoas, ou mesmo a toda a humanidade. A coisa julgada no processo coletivo, se dá visando a contemplação de certas faixas do interesse coletivo.¹²² E a titularidade do direito não mais é pressuposto da legitimação.

A técnica da coisa julgada nas ações coletivas não se desprende da sua finalidade de promover a efetividade dos direitos dos consumidores (e em geral, dos demais beneficiados do sistema coletivo). Daí porque, ao mesmo tempo em que não se admite que seus efeitos venham a prejudicar os titulares de direito, em face de seu caráter vinculante, poderá certamente beneficiá-los, em vista do aproveitamento máximo do processo.¹²³ É isto que ocorre nas ações cole-

121. Registre-se a observação crítica de Antônio Gidi, para quem não será a coisa julgada considerada *secundum eventum litis*, uma vez que ela se produzirá de qualquer modo, com a decisão terminativa do feito. O que difere, contudo é a extensão dos efeitos da demanda, que no caso de procedência produzirá eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*, beneficiando aos interessados que não participaram da demanda. GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 73.

122. MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, p. 205.

123. *Idem*, p. 212.

tivas relativas à defesa de direitos difusos. Ao estabelecer que a decisão da ação coletiva tem eficácia *erga omnes*, exceto se o pedido for improcedente por insuficiência de provas, o legislador fixa, em benefício dos consumidores e demais titulares dos direitos postulados, a chamada eficácia *secundum eventum probationis*.¹²⁴ Ou seja, protege a utilidade que a sentença já possui, no caso de procedência, visando alcançar situações semelhantes de que são partes outros tantos titulares de direitos, cujo caráter comum, de transindividualidade, dispensa a instalação de nova demanda, com a promoção do contraditório e outras provas no processo. Isto porque, tendo havido a procedência da ação, resta caracterizada a causa geradora do direito postulado, que é transindividual, razão pela qual o disposto na sentença aproveita a todos que demonstrarem ser titulares do direito reconhecido na ação coletiva. Por outro lado, havendo a improcedência da ação, quando esta se dê em razão da falta de provas do alegado pelo autor coletivo, qualquer dos demais legitimados pode renovar os termos da ação, com a ressalva de que este deverá ser acompanhado de nova dilação probatória.

Note-se, por fim, que a coisa julgada nas ações coletivas visando a proteção de direitos difusos não prejudicará, em qualquer hipótese, os direitos individuais dos integrantes da coletividade que vierem a demandar em razão de fato que já fora objeto de exame naquela demanda. Não haverá, portanto, vinculação em termos de cognição e decisão judicial sobre os fatos ou suas consequências, entre o apurado e decidido na demanda coletiva, e os termos da ação individual. Embora não se possa desconhecer que o resultado da ação coletiva possa constituir importante precedente, para orientação do juiz da ação individual.

2.6.2 Coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos ou interesses coletivos

A ação coletiva que tenha por objeto direitos coletivos – ou seja, aqueles em que seus titulares estão ligados em face de uma relação jurídica base – terá sua eficácia da coisa julgada *ultra partes*, entre as partes litigantes e o grupo, categoria ou classe a que se refere a ação. Assim, ocorre entre os consumidores que tenham celebrado uma mesma espécie de contrato de adesão com determinado fornecedor. A decisão que porventura decretar a nulidade da cláusula abusiva constante destes instrumentos terá sua eficácia projetada para todo o grupo de contratantes, independente de sua participação ou não no processo.

Neste sentido, aliás, reafirme-se a absoluta inaplicabilidade, no âmbito das relações de consumo reguladas pelo CDC, do artigo 2.º-A da Lei 9.494/2000 (incluído pela Medida Provisória 2.180-35/2001), que estabeleceu: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”. Como ensina Ada Pellegrini Grinover, ao se referir a norma em destaque, o problema não reside na eficácia da sentença – como pretendeu o legislador ao tentar estabelecer a restrição –, mas de pedido,¹²⁵ razão pela qual, ao delimitar a eficácia da coisa julgada aos substituídos que tenham na data da propositura da ação domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator, não atentou para a particularidade com

124. MANCUSO. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 283 et seq.

125. GRINOVER. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 924. No mesmo sentido, Rodolfo Mancuso, fazendo referência à relação entre a eficácia expandida da coisa julgada e o objeto litigioso: MANCUSO. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*, p. 352 et seq.

a qual o CDC estabelece esta competência territorial. Ora, a regra do artigo 93 do CDC estabelece a amplitude da competência territorial em razão da extensão do dano, indicando a competência do foro da capital do Estado ou do Distrito Federal para danos de abrangência regional ou nacional (interpretando-se como competência concorrente). Ou seja, faz com que a decisão destes órgãos (independente de se tratar da Justiça Federal ou Estadual), seja estabelecida em razão da extensão do dano, motivo pelo qual a modificação introduzida pelo artigo 2.º-A da Lei 9.494/2000, não tem nenhuma aplicação no sistema da eficácia da coisa julgada do CDC.

A única ressalva do artigo 103, II, do CDC, quanto à eficácia da coisa julgada nas ações coletivas que versem sobre direitos coletivos, é a hipótese da decisão de improcedência por falta de provas, hipótese em que não deverá ser admitida eficácia vinculativa da decisão em relação aos demais legitimados para exercício da pretensão. Neste caso, opera-se a eficácia *secundum eventum probationis*, na medida em que a decisão da ação coletiva só se projeta sobre os titulares de direito que não participaram da lide, na hipótese do julgamento de procedência ou improcedência decorrer do juízo definitivo sobre a relação jurídica em exame.

O § 1.º, do artigo 103, então, completa o conteúdo eficaz da sentença da ação coletiva em relação aos demais interessados, estabelecendo que “os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe”. Ou seja, a eficácia da coisa julgada na ação coletiva que verse sobre direitos coletivos só vincula os demais interessados na hipótese de procedência da ação (coisa julgada *in utilibus*). Na hipótese de improcedência, os titulares dos direitos veiculados na ação coletiva poderão exercer obter o resultado almejado na demanda, a partir do exercício de sua pretensão individual. Entretanto, se já existir a ação individual por ocasião da interposição da ação coletiva, o consumidor que deseje aproveitar dos seus efeitos deverá requerer a suspensão do processo individual no prazo de trinta dias contados da data de ciência nos autos do ajuizamento da demanda coletiva (artigo 104).

2.6.3 Coisa julgada nas ações coletivas para defesa de direitos ou interesses individuais homogêneos

A ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos já foi objeto de nossa análise, assim como o que se refere à eficácia da coisa julgada nestas demandas (itens 2.3.2 e 2.3.3, *supra*). Convém, no entanto, fazer referência ao artigo 103, III, do CDC que estabelece, para decisão de procedência destas ações coletivas, eficácia *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, a fim de beneficiar todas as vítimas e seus sucessores do evento danoso objeto da demanda. Neste sentido, percebe-se mais uma vez presente a regra da coisa julgada *secundum eventum probationis*, já que ocorrendo a hipótese de improcedência da ação, a decisão não afeta aos demais interessados, titulares de direitos individuais objeto da demanda inexistente. Ressalvada, neste aspecto a hipótese de terem sido parte da ação como litisconsortes do autor coletivo, hipótese em que serão afetados pela eficácia natural da coisa julgada, de imutabilidade da decisão para as partes do processo (artigo 103, § 2.º).

Por outro lado, havendo ação individual promovida por titular de direito individual, e no curso desta ser interposta ação coletiva postulando a condenação do autor pelo mesmo fato que dá causa à pretensão individual (determinando-lhe a homogeneidade), o autor da ação individual só aproveitará os efeitos benéficos da decisão de procedência da demanda coletiva, se requerer a suspensão da demanda que interpôs dentro do prazo de trinta dias contados da ciência nos autos, do ajuizamento do processo coletivo.

2.6.4 *Coisa julgada in utilibus*

Eficácia reconhecida à coisa julgada no sistema do CDC é a chamada coisa julgada *in utilibus*. Trata-se do efeito útil da coisa julgada, de modo que o conteúdo da decisão de mérito da ação coletiva aproveite para as ações individuais que tenham por causa de pedir o mesmo fato. Como ensina Mancuso, “o fulcro desta técnica parte da premissa que a coisa julgada não pode prejudicar terceiros (*allis non preiudicare*), mas não há razão plausível para que, eventualmente, não possa beneficiá-los”.¹²⁶ Este efeito útil da coisa julgada coletiva resulta justamente da desnecessidade de promoção de novo contraditório nas ações individuais porventura existentes sobre a mesma causa de pedir, determinando o efeito vinculante da decisão coletiva na parte em que ela reconheceu a existência do direito e a condenação do réu ao pagamento de indenização. Caberá ao titular do direito, beneficiado por esta extensão da eficácia da decisão coletiva, promover desde logo sua liquidação, de modo a demonstrar que se enquadra dentre os beneficiários da decisão em pauta (*an debeatur*), assim como a quantificação dos prejuízos sofridos, que servirão de base para a fixação da indenização pelo réu (*quantum debeatur*).

A coisa julgada *in utilibus* aparece no regime do CDC em duas situações. Primeiro, o § 3.º, do artigo 103, estabelece que “os efeitos da coisa julgada de que cuida o artigo 16, combinado com o artigo 13 da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 96 a 99”. Ou seja, o resultado da ação civil pública, embora diga respeito à defesa de direitos difusos e coletivos, beneficiará o titular de direito cuja pretensão contra o réu na hipótese de procedência do pedido, uma vez que seja demonstrada em fase de liquidação, que do fato e demais circunstâncias reconhecidas nesta espécie de demanda coletiva, decorrem também direitos individuais de titularidade do liquidante/exequente interessado. Assim, por exemplo, se for interposta ação buscando cessação da prática de publicidade enganosa pelo fornecedor (interesse difuso), assim como o recolhimento ao Fundo de Direitos Difusos, de indenização relativa aos prejuízos decorrentes daquela atuação ilícita do fornecedor, poderá o consumidor efetivamente prejudicado pelo fato em questão; demonstrar este prejuízo e quantificá-lo, visando ressarcir seu prejuízo.

Uma segunda hipótese de coisa julgada *in utilibus*, é a que prevê o artigo 104 do CDC, pela qual os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* relativas, respectivamente, às ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos (*erga omnes*), ou coletivos (*ultra partes*), não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a suspensão destas demandas no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. É caso da ação coletiva visando compelir uma instituição bancária a não mais cobrar valor relativo a uma tarifa indevida. A decisão de procedência, contudo, poderá ser transportada (*in utilibus*) a ações individuais, ou mesmo coletivas (direitos individuais homogêneos), visando a devolução dos valores pagos indevidamente.

Da mesma forma, produz-se a eficácia da coisa julgada quando tenha havido ação penal sobre o mesmo fato que dá causa a direito individual, circunstância em que a sentença penal condenatória produzirá seus efeitos civis, dando certeza sobre a materialidade e autoria do crime que se constitui o fundamento da ação coletiva no âmbito civil. Assim, por exemplo, se sócios ou administradores de algum fornecedor sejam condenados criminalmente (com fun-

126. MANCUSO, *Manual do consumidor em juízo...*, p. 212.

damento no CDC ou em outra norma penal), a certeza sobre a existência e responsabilidade do fato objeto da sentença será transportado para o âmbito civil, permitindo à vítima ou seus sucessores a possibilidade de promover, desde logo, a liquidação e execução da sentença.

Por fim, a derradeira hipótese da eficácia *in utilibus* da coisa julgada é a que refere o inciso III, do artigo 103 do CDC. Neste caso, como já referimos, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada decorrente de ação coletiva sobre direitos individuais homogêneos só se produz na hipótese de procedência do pedido, em benefício das vítimas e seus sucessores (quando for o caso). Na hipótese de improcedência da ação coletiva, não há qualquer efeito sobre o direito das vítimas e sucessores e a possibilidade do exercício de sua pretensão individual em juízo, desde que não tenham participado como parte na ação coletiva, sob a qualidade de litisconsortes do autor – circunstância em que ficam impedidos de litigar em vista da eficácia natural da coisa julgada que vinculará as partes do processo.

2.6.5 Competência do juízo e efeitos da coisa julgada

Como já mencionamos, a competência jurisdicional para as ações coletivas no microsistema processual do CDC é estabelecida pelo seu artigo 93 que dispõe: “Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local: I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local; II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”. Assim o critério de fixação da competência do juízo é a do âmbito de propagação do dano objeto da demanda coletiva. Se o dano for local, a norma determina a competência do foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Já no caso do dano de âmbito regional ou nacional, a regra fixa a competência dos foros da capital do Estado ou do Distrito Federal, sendo interpretada esta competência, no caso de dano de âmbito nacional, como espécie de competência concorrente (dando ensejo à aplicação das regras do CPC sobre prevenção, na hipótese da interposição de mais de uma ação coletiva). Assim, considerando que a competência do juízo se estabelece em face da abrangência do dano, é intuitivo que também em matéria de eficácia da decisão seja considerada esta em vista do objeto litigiosos da ação coletiva. Isto faz com que, conforme refere Rodolfo de Camargo Mancuso, “acabam tendo enorme repercussão os acontecimentos sobrevindos após o momento em que se fixa o objeto litigioso, assim no campo dos fatos (...) como também no campo do direito”.¹²⁷

O que determina a eficácia da coisa julgada é a lei. E neste sentido, o artigo 103 do CDC indica a existência dos efeitos *erga omnes* (incisos I e III) e *ultra partes* (inciso II) para as decisões prolatadas em ações coletivas, observadas as circunstâncias do efeito benéfico da sentença (*in utilibus*) e de improcedência por falta de provas (*secundum eventum probationis*). Ocorre que, como já mencionado, o advento da Lei 9.494/97 e alterações posteriores, tiveram por objetivo a limitação da eficácia da coisa julgada das ações coletivas, por intermédio de duas disposições: a) a primeira modificava o artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública – e restringia a eficácia da coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência territorial do órgão prolator; b) a segunda introduzia norma nova (artigo 2-A), que estabelecia, nas ações interpostas por associações em defesa dos interesses de seus associados, a eficácia da sentença de procedência restrita aos associados que na data da interposição da ação, tinham seu domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

127. MANCUSO. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*..., p. 355.

Houve na hipótese, todavia, viva confusão entre as noções de competência territorial do juízo e os limites subjetivos da coisa julgada, uma vez que estes não se fixam pela competência do órgão. É a amplitude e extensão do dano (local, regional ou nacional) que fixa a competência do foro (local, capital dos Estados, Distrito Federal). É a espécie de direito que compõe o objeto litigioso da ação que estabelece a eficácia da coisa julgada coletiva (*erga omnes* ou *ultra partes*). Estas noções são inconfundíveis, razão pela qual as normas fixadas pela Lei 9.494/97 não modificam em nada a sistemática adotada pelo microsistema de tutela coletiva do CDC e, por força do seu artigo 117 também a sistemática adotada pela Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85),¹²⁸ em vista da aplicação comum entre as disposições de ambos os diplomas.

2.6.6 Concomitância de ações coletivas

No que se refere à concomitância de ações coletivas versando sobre o mesmo objeto, uma vez verificada a expansão desta espécie de ação, passa a existir o perigo de atomização do fenômeno coletivo, por intermédio da interposição sucessiva de diversas ações. Neste sentido, afirma Rodolfo de Camargo Mancuso, esta eficácia da coisa julgada coletiva “somente pode funcionar na prática se o operador do direito admitir que há certas realidades ontologicamente incindíveis, não fracionáveis, que por isso mesmo reclamam resposta judiciária unitária, porque do contrário, chega-se a uma situação caótica, com a prolatação de decisões coletivas contraditórias”.¹²⁹

Daí porque, havendo a concomitância de duas ações coletivas, é de notar que sua dimensão coletiva derivada do objeto litigioso das ações, uma vez que venham a coincidir, deve resolver-se de acordo com as regras de prevenção do juízo previstas no Código de Processo Civil, pela qual a citação válida torna preventivo o juízo, induzindo a litispendência¹³⁰ (art. 337, § 3.º, CPC/2015: “Há litispendência quando se repete ação que está em curso”) e consequente extinção do segundo processo sem resolução do mérito (artigo 485, V, CPC/2015), o que poderá ser conhecido de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição (artigo 485, § 3.º, CPC/2015). Ou ainda poderá ser reconhecida a existência de conexão, hipótese em que deverá ser prolatada decisão conjunta (artigo 55, § 1.º CPC/2015). Note-se que, mesmo na ausência de exata caracterização de conexão entre as ações coletivas, pode incidir a regra do § 3.º, do artigo 55, do CPC/2015, sem correspondência no direito anterior, que estabelece: “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolatação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”. É preciso dizer que neste ponto o novo CPC traz mais dúvidas do que certezas. A noção de risco de prolatação de decisões conflitantes é excessivamente largo, e escapa aos conceitos técnicos assentados de conexão, ou ainda de continência, previsto no art. 56 do CPC/2015, e que permite a decisão simultânea das ações.¹³¹). Pode-se argumentar que trata-se de uma diretriz para que o juiz seja

128. Neste sentido: MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, p. 217; GRINOVER. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 924; MAZZILI. *A defesa dos interesses difusos em juízo...*, p. 497; LEONEL. *Manual do processo coletivo*, p. 284; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil anotado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

129. MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, p. 226.

130. Lembre-se que o CDC só impede a litispendência entre ações coletivas e individuais (artigo 104), não obviamente, entre duas ações coletivas.

131. A rigor, estabelece o art. 57, do CPC/2015, que “Quando houver continência e a ação continente tiver sido proposta anteriormente, no processo relativo à ação contida será proferida sentença sem resolução de mérito, caso contrário, as ações serão necessariamente reunidas”. O art. 58 então, dá

“flexível e ampliativo”¹³² no reconhecimento da conexão. Por outro lado, discute-se a própria pertinência da norma, considerando-se, nas hipóteses em que exista o risco, se esteja frente a hipótese típica de conexão.¹³³ Especificamente no tocante às ações coletivas, propôs-se no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos regra visando a solução da questão,¹³⁴ dispondo sobre a prevenção do juízo em que a demanda tiver sido distribuída em primeiro lugar.

2.6.7 Custas processuais e honorários profissionais (advocáticos e periciais)

No que se refere às ações coletivas, o artigo 87 do CDC, na linha do que já dispunha o artigo 18 da Lei da Ação Civil Pública, estabelece que “não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas,¹³⁵ nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais”. Como já tivemos oportunidade de referir, trata-se de medida legislativa que visa oportunizar o amplo direito de acesso à justiça dos consumidores, inclusive como estímulo aos legitimados coletivos para defesa de seus representados ou na tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos.

A exegese da regra estabelecida no artigo 87 do CDC por um lado desobriga os autores da ação coletiva do pagamento das despesas processuais, assim como dos ônus sucumbenciais, mesmo na hipótese de improcedência da ação, “salvo comprovada má-fé”.¹³⁶ Esta mesma regra, naturalmente, não se aplica aos réus da ação, aos quais incumbe, na hipótese de procedência da demanda, arcar com as despesas processuais e demais ônus sucumbenciais ao estilo do direito processual comum. Da mesma forma, incumbe aos réus, no decorrer do processo, responder pelas custas das provas que pretenderem produzir (perícias, p. ex.), assim como as demais custas processuais, como o preparo de recursos.

A facilitação do exercício do direito que se visa preservar com a isenção prevista no artigo 87 do CDC, note-se, é providência que visa ao estímulo do exercício do direito de demanda coletiva em favor do consumidor.¹³⁷ Neste sentido, é necessário destacar que abrange somente

conta do julgamento simultâneo das ações ao definir: “A reunião das ações propostas em separado far-se-á no juízo preventivo, onde serão decididas simultaneamente”.

132. WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, Primeiros comentários..., p. 123.

133. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Breves comentários..., p. 225.

134. MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, p. 224.

135. “Ação coletiva de consumo. Associação de pais de alunos. Agravo de instrumento. Preparo. Isenção. A associação de pais de alunos que promove ação coletiva de consumo esta isenta do pagamento do preparo do recurso de agravo de instrumento que interpôs. Artigos 87 do Codecon e 511, parágrafo único do CPC. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 111.640/MG, j. 11.03.1997, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJU 12.05.1997, p. 18.816).

136. STJ, EDcl no REsp 160.355/SP, j. 18.06.1998, rel. Cesar Asfor Rocha, DJU 03.11.1998, p. 152; STJ, EDcl no REsp 160.808/SP, j. 15.10.1998, rel. Min. Nilson Naves, DJU 17.02.1999, p. 148.

137. Note-se neste sentido a interpretação estrita da norma para identificar nela autorização apenas em relação à facilitação dos direitos dos consumidores, mas não a outros direitos ou interesses manejados pelo legitimado coletivo: “(...) 3. O Superior Tribunal de Justiça já fixou entendimento de que é possível conceder às pessoas jurídicas o benefício da assistência judiciária, desde que seja demonstrada a impossibilidade de arcar com as despesas do processo sem prejuízo da própria manutenção, entendimento que também se aplica aos sindicatos. Precedentes. 4. A isenção de custas e emolumentos judiciais, disposta no artigo 87 da Lei 8.078/90 destina-se facilitar a defesa dos interesses e di-

a parte autora da ação,¹³⁸ assim como não exige, na fase da execução do julgado, quando está se dê a título individual (execução individual da sentença coletiva), do pagamento de custas e honorários de advogado pelo trabalho efetivamente feito na liquidação e execução do julgado.¹³⁹

Já no que se refere às ações interpostas pelo Ministério Público, no exercício de sua legitimação coletiva ativa, o entendimento predominante é de que se estende ao órgão a aplicação das normas dos artigos 87 do CDC e 18 da Lei da Ação Civil Pública. Daí que por um lado, não poderá o Ministério Público ser condenado ao pagamento de despesas processuais e demais ônus sucumbenciais, salvo comprovada má-fé,¹⁴⁰ assim como no que se refere às custas de produção de prova pericial, o entendimento do STJ vem sendo o de que, do mesmo modo, é isento o órgão da antecipação de honorários periciais.¹⁴¹

- reitos dos consumidores, inaplicável, portanto, nas ações em que sindicato busca tutelar o direito de seus sindicalizados, ainda que de forma coletiva. Daí, inaplicáveis o CDC e a Lei 7.437/85" (REsp 876.812/RS, 1.ª T., rel. Min. Luiz Fux, DJe 01.12.2008) 5. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no Ag 1253191/RS, 6.ª T., j. 20.09.2011, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 28.09.2011).
138. "Processual civil. Recurso especial. Preparo. Lei 7.347/85. 1. Diz o artigo 18 da Lei 7.347/85: "Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado custas e despesas processuais". 2. A jurisprudência desta Casa tem oferecido uma interpretação restritiva ao privilégio processual, limitando-o ao autor da ação, tal como ocorre na ação popular. Na verdade, não se mostra razoável estender o benefício àqueles que se encontram no polo passivo da relação processual. Seria fora de propósito, no caso concreto, dar incentivo àquele que é condenado por improbidade administrativa, causando danos à sociedade. 3. Recurso especial conhecido em parte e improvido" (STJ, REsp 193.815/SP, j. 24.08.2005, rel. Min. Castro Filho, DJU 19.09.2005, p. 240).
139. Neste sentido, refira-se a série de decisões do STJ no sentido de serem devidos honorários advocatícios nas ações coletivas, mesmo quando interpostas contra a Fazenda Pública, não se aplicando na hipótese o preceito do artigo 1.º-D da Lei 9.494/97, que restringe esta possibilidade. Dentre outros, veja-se: REsp 911314/PR, rel. Min. Felix Fischer, DJU 12.04.2007, e EDcl nos EDcl no REsp 542.336/RS, j. 07.11.2006, rel. Min. Paulo Galloti, DJU 11.12.2006, p. 429.
140. "Sucumbência. Ação civil pública. Ministério Público. Precedentes. 1. O fato de o Ministério Público figurar no polo ativo da ação civil pública não afasta a incidência do artigo 18 da Lei 7.437/85, na linha de precedentes da Corte. 2. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, REsp 220.549/SP, j. 16.05.2000, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU 01.08.2000, p. 266). No mesmo sentido: "Processo civil. Ação civil pública. Honorários advocatícios. Ministério Público autor e vencedor. 1. Na ação civil pública, a questão da verba honorária foge inteiramente das regras do CPC, sendo disciplinada pelas normas próprias da Lei 7.347/85, com a redação dada ao artigo 17 pela Lei 8.078/90. 2. Somente há condenação em honorários, na ação civil pública, quando o autor for considerado litigante de má-fé, posicionando-se o STJ no sentido de não impor ao Ministério Público condenação em honorários. 3. Dentro de absoluta simetria de tratamento, não pode o Parquet beneficiar-se de honorários, quando for vencedor na ação civil pública. 4. Recurso especial improvido" (STJ, REsp 493.823/DF, j. 09.12.2003, rel. Min. Eliana Calmon, DJU 15.03.2004, p. 237).
141. "Ação civil pública. Artigo 18 da Lei 7.347/85. Antecipação de honorários periciais. Isenção do Ministério Público. Inaplicabilidade do artigo 33 do Código de Processo Civil. Prevalência da lei especial sobre a geral. Reforma parcial do acórdão recorrido. Provenimento do recurso. 1. Ao propor ação civil pública, o Ministério Público age na defesa de interesses metaindividuais, ou seja, da sociedade. Dispondo o artigo 18 da Lei 7.347/85 que "nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais", não poderá prevalecer a aplicação do artigo 33 do CPC. O artigo 18 da supracitada lei, dada a natureza

2.7 DIMENSÃO COLETIVA E TUTELA INDIVIDUAL DO CONSUMIDOR: JULGAMENTO DE CASOS REPETITIVOS

O êxito do acesso à justiça do consumidor convive com a resposta ineficiente do Estado na repressão à violação dos seus direitos. Com o passar dos anos, o aumento de ações judiciais passou a ser uma constante que acompanha não apenas o direito do consumidor, mas série de temas que decididos pelo Poder Judiciário, gerando litigantes habituais (certos fornecedores, concessionários de serviços públicos, a própria União, em demandas tributárias ou previdenciárias, etc.), pressionando o Poder Judiciário para uma solução ágil e relativamente uniforme, que assegure a própria estabilidade do Direito.

Este desafio da solução de ações em massa, acabou provocando, ainda sob a égide do antigo Código de Processo Civil, a previsão de instrumentos processuais com a finalidade de promover eficazmente a uniformização de jurisprudência nacional, realizando a competência constitucional do Superior Tribunal de Justiça (art. 104, III, c, da Constituição de 1988). A inclusão do artigo 543-C permitiu, desde logo, e a restrição do acesso de determinados recursos especiais cujas decisões já tivessem tido seu entendimento pacificado pelo STJ.¹⁴²

Embora inspirada em razões de política judiciária, sobretudo em relação à preocupação com as ações individuais massificadas, a consequência da aplicação desta nova sistemática do recurso especial oferecia sensíveis riscos à efetividade dos direitos dos consumidores. Isto porque, embora tenha conferido espécie de natureza objetiva ao recurso especial, uma vez que concentrava o exame da questão de direito envolvida, admitindo inclusive a manifestação de *amicus curiae* (à semelhança do procedimento das ações de controle concentrado de constitu-

especial da matéria que regula, derroga a norma geral estatuída no Diploma Adjetivo Civil. 2. Reforma parcial do acórdão impugnado para, provendo o recurso, afastar a aplicação do artigo 33 do Código de Processo Civil e manter a incidência do artigo 18 da Lei 7.347/85. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp 508.478/PR, j. 07.10.2003, rel. Min. José Delgado, DJU 15.03.2004, p. 161).

142. Previa o 543-C do Código de Processo Civil revogado: “Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. § 1.º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. § 2.º Não adotada a providência descrita no § 1.º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. § 3.º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de 15 (quinze) dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia. § 4.º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia. (...) § 7.º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem: I – terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou II – serão novamente examinados pelo tribunal de origem, na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça (...)”. Com fundamento então, no § 8.º do artigo 543-C do CPC, o STJ editou a Res. 8, de 07.08.2008. Esta, ao estabelecer os procedimentos relativos ao processamento e julgamento dos recursos especiais repetitivos, indicou em seu artigo 1.º, § 2.º, que “O agrupamento de recursos repetitivos levará em consideração apenas a questão central discutida, sempre que o exame desta possa tornar prejudicada a análise de outras questões arguidas no mesmo recurso”.

cionalidade), alguns aspectos foram notados dificuldades no acesso dos consumidores à justiça, em especial à instância especial. Notadamente, os seguintes aspectos: (a) a escolha dos recursos julgados como representativos da controvérsia pelo STJ era ato discricionário do relator, em relação ao qual não se previa possibilidade de oposição de qualquer ordem; (b) ao relator no STJ, cabia, ainda, determinar a suspensão da tramitação nos tribunais, dos processos relativos à mesma controvérsia;¹⁴³ (c) o critério de agrupamento dos recursos, estabelecido então por resolução do STJ, dizia respeito apenas à questão central de direito que o fundamenta, e cujo exame pudesse tornar prejudicada as demais. Em edições anteriores deste Curso, ainda sob a égide do CPC ora revogado sustentamos, justamente, que “a escolha do recurso repetitivo, sobretudo em demandas envolvendo relações de consumo, pode representar significativo prejuízo dos interesses do consumidor, porquanto mesmo os meios de defesa deste para sustentar a tese do recurso perante o STJ, ou mesmo a insuficiência dos argumentos lançados no recurso, podem dar causa à suspensão e – afinal – à negativa de seguimento de recursos sobre a mesma controvérsia, cujo conteúdo e demonstração das razões que o fundamentam estejam desenvolvidos com maior precisão”.

A partir de 2014, adotou o STJ, em certos casos, e sempre por iniciativa do relator, a promover, além da manifestação escrita dos *amicus curiae* admitidos na ação, também audiências públicas para apresentação das posições favoráveis ou contrárias às teses em discussão.

O novo Código de Processo Civil de 2015, então, sistematiza a disciplina estes instrumentos de resolução de demandas repetitivas, bem como valoriza os precedentes judiciais.¹⁴⁴ Revela, assim, uma preocupação sensível com a uniformização e estabilidade da jurisprudência. Neste sentido, estabelece o art. 926 do CPC/2015: “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. § 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. § 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”. De relevo, a regra em questão para atentar à necessidade de plena adequação fática e jurídica entre as circunstâncias fáticas dos precedentes e o conteúdo das súmulas, de modo a que não se deduza de decisões sob determinadas premissas fáticas conclusões generalizantes que as contradigam.

Da mesma forma, quando haja alteração do entendimento dominante dos tribunais superiores, seja no julgamento de casos repetitivos, ou mesmo de súmula, os §§ 3.º e 4.º do art. 927, do CPC/2015, estabelecem: “Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança ju-

143. “Recurso repetitivo. Processual civil. Recurso especial. Ação coletiva. Macrolide. Correção de saldos de cadernetas de poupança. Sustação de andamento de ações individuais. Possibilidade. 1. Ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2. Entendimento que não nega vigência aos artigos 51, IV e § 1.º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2.º e 6.º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no artigo 543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 08.05.2008). 3. Recurso especial improvido” (STJ, 2.ª Seção, REsp 1110549/RS, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 28.10.2009, DJe 14.12.2009).

144. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 149.

rídica. § 4º-A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”.

As iniciativas levadas a efeito no âmbito do direito processual civil, especialmente com a edição do CPC/2015, para a solução das ações de massa, ou seja, aquelas cujo número de demandas de idêntico fundamento, considerados os direitos individuais de cada demandante em relação a réus comuns, tem larga repercussão no direito do consumidor. De um lado, mecanismos de solução de controvérsias de modo mais célere podem ser vistos como positivos à tutela dos direitos dos consumidores, dando certeza e estabilidade ao seu direito. Contudo, a restrição ao seguimento de recursos ou a alteração de entendimento – especialmente das cortes superiores, como o STJ – a partir da decisão de um caso individual, exige que sejam demonstrados todos os aspectos relevantes da controvérsia, sob pena de comprometer a efetividade dos direitos do consumidor. Isto ocorre especialmente em razão da natureza massificada das relações de consumo e, em consequência, das lesões que porventura dela decorram.

Esta preocupação não escapa da atenção dos processualistas, conforme demonstra Antônio Passo Cabral, ao referir que “a seleção da causa-teste tem importância crucial na efetividade do julgamento do incidente. De um lado, ao escolher para afetação ao procedimento dos repetitivos um processo inadequado, também a decisão do incidente pode não vir a ser a melhor solução da controvérsia de massa, com evidente impacto sistêmico deletério pela multiplicação da conclusão a todos os outros processos”. E prossegue o professor da UERJ, alertando com precisão: “Por outro lado, quando diante de litigantes habituais, que podem estrategicamente optar por um de muitos processos como aquele a partir do qual provocarão o incidente, abre-se espaço para certo direcionamento da cognição no incidente a favor do interesse que desejam ver prevalecer, e assim, pensarmos em critérios que permitam inadmitir a tramitação ou corrigir a seleção das causas, em razão de uma inadequada escolha do processo-piloto, parece ser uma preocupação fundamental”.¹⁴⁵

O raciocínio do agente econômico pode orientar-se, muitas vezes, pelos ganhos decorrentes da diferença entre a quantificação do prejuízo causado a terceiros em face de uma determinada ineficiência no fornecimento de produtos ou serviços, e o número de demandas que efetivamente decorram deste modo de atuação. O número de demandas judiciais que decorrem da lesão (em outros termos, o número de consumidores que efetivamente demandarão em juízo por seus prejuízos), será, na imensa maioria das situações, menor do que o total de pessoas lesadas. Daí o ganho econômico eventual do agente econômico com determinada conduta delitativa. Ainda assim, o número de demandas judiciais, dada a natureza e extensão das relações estabelecidas por este agente econômico no fornecimento de produtos e serviços, será igualmente significativo. Daí é que a adequada precisão dos critérios para seleção das causas que deverão fixar as teses, tem aptidão para influenciar significativamente no grau de efetividade dos direitos do consumidor, e no estímulo ou não à condutas ilícitas por parte do fornecedor no mercado de consumo.

Contudo, há de assinalar-se que muitas questões envolvendo relações de consumo dizem respeito às questões de fato, que envolvem a apreciação de provas e/ou de fatos envolvendo as tratativas e a própria execução do fornecimento do produto ou serviço pelo fornecedor. Daí

145. CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de demandas repetitivas. Revista de processo, v. 231. São Paulo: Ed. RT, maio/2014, p. 201-223.

porque a demonstração destas circunstâncias de fato, ao tempo em que privilegiam e qualificam o exame dos juizes ordinários e dos próprios tribunais estaduais, da mesma forma recomendam maior prudência dos julgadores da instância especial na escolha dos processos paradigmas para a decisão uniformizadora, definição do precedente ou eventual edição de súmula com eficácia vinculante. A preocupação que se registra, sem dúvida, é que justas razões de política judiciária, visando a seleção dos casos pela instância especial, e que ora são consagradas no CPC/2015, não se constituam em óbices ao acesso dos consumidores à justiça, ou comprometam a efetividade dos seus direitos.

A decisão de casos repetitivos tem repercussão variada no âmbito do processo judicial. Reproduzindo os aspectos mencionados por Bruno Dantas¹⁴⁶ a partir dos dispositivos do CPC/2015, é possível identificar os seguintes efeitos: a) permite a concessão da tutela de evidência no caso da tese firmada em julgamento de casos repetitivos (art. 311, II, CPC/2015); b) improcedência liminar do pedido quando contrário a tese já decidida pelo STJ ou STF em matéria de casos repetitivos (art. 332, II e III); c) o não cabimento de remessa *ex officio*, quando decisão estiver em acordo com o julgamento de caso repetitivo (art. 496. 4.º, II e III); d) dispensa de caução para execução de sentença em acordo com tese definida em julgamento de caso repetitivo (art. 521, IV); e) possibilidade de modulação dos efeitos e exigência de fundamentação adequada e específica para alteração do entendimento fixado em julgamento de caso repetitivo (art. 927, § 3.º e 4.º); f) possibilidade de negativa de seguimento, pelo relator, de recurso fundado em decisão contrária ao decidido pelo STF ou pelo STJ em sede de julgamento de repetitivos (art. 932, IV, b; e 932, V, b); g) possibilidade de julgamento de plano de conflito de competência pelo relator, quando fundada em decisão decorrente do julgamento de repetitivos (art. 955, parágrafo único, II); h) cabimento de reclamação para assegurar autoridade da decisão proferida em julgamento de casos repetitivos (art. 988, IV); i) ineficácia da desistência do recurso, e continuidade do julgamento pelo STF e STJ, da tese jurídica subjacente em casos repetitivos (art. 988, parágrafo único); j) presunção de repercussão geral dos recursos interpostos contra acórdãos proferidos em julgamento de casos repetitivos (art. 1.035, § 3.º, II).

Em relação aos meios de coletivização de demandas, o CPC/2015 define um incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 e ss.), bem como disciplina específica para o julgamento de recursos especiais e extraordinários repetitivos (art. 1.036 e ss.).

Examinam-se, a seguir, ambas as situações.

2.7.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas

Trata-se o *incidente de resolução de demandas repetitivas* de procedimento previsto no Código de Processo Civil de 2015, pelo qual se permite a uniformização do entendimento do tribunal acerca de determinada tese jurídica. Inspirado no direito alemão (*Munsterverfahren*)¹⁴⁷,

146. Adotamos a relação de situações afetadas pela decisão de casos repetitivos de mencionada por: DANTAS, Bruno, in: WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, *Breves comentários...*, p. 2178-2179.

147. Conforme referido na exposição de motivos do novo Código de Processo Civil, "com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta". Sobre o ponto,

embora também seja encontrado em outros sistemas¹⁴⁸, o incidente caracteriza-se pela cisão da competência sobre a causa, de modo que o Tribunal em que instaurado o incidente decide a tese prevalente. Pressupõe a existência de repetição de processos em curso, com risco de ofensa à isonomia em face de decisões contraditórias. E deste modo, oferece aos tribunais em geral (Tribunais de Justiça dos Estados e Tribunais Regionais Federais, entre outros) a possibilidade de uniformizar seu entendimento sobre causas controversas, permitindo maior estabilidade e eficiência na solução das demandas que lhe são submetidas.

Estabelece o art. 976 do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I – efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”.

Exige-se que haja processos repetitivos com uma mesma questão de direito controvertida.¹⁴⁹ Ou seja, não se trata de eventual expectativa que determinada situação jurídica possa vir a ser objeto de diversas demandas, de modo que o tribunal competente possa ter uma atuação preventiva ou antecedente à formação destas ações, pacificando o entendimento, mas sim da efetiva existência de processos cuja questão jurídica subjacente seja a mesma.

Não cabe o incidente de resolução de demandas repetitivas quando já houver sido afetado, por um dos tribunais superiores, no âmbito de sua competência, recurso para definição da tese sobre questão de direito repetitiva, caso do recurso especial e do recurso extraordinário repetitivos (art. 976, § 4.º). A desistência ou abandono da causa, de sua vez, não impede o julgamento do repetitivo (art. 976, § 1.º).

Podem instaurar o incidente os legitimados pelo art. 977, do CPC/2015, a saber: o juiz ou relator do caso, as partes do processo, o Ministério Público ou a Defensoria Pública, sendo seu julgamento confiado ao órgão que o regimento interno do Tribunal definir, que deverá julgar também o recurso do qual se originou o incidente (art. 978). A instauração e julgamento do incidente, de sua vez, será objeto de divulgação e publicidade, inclusive por banco de dados eletrônicos com informações específicas e as teses jurídicas controvertidas, os fundamentos da decisão e os dispositivos normativos relacionados, comunicado ao Conselho Nacional de Justiça. (art. 979).

A admissão do incidente determina a suspensão, pelo relator, dos processos pendentes, que tramitem no âmbito de competência do tribunal que o instaurar. Da mesma forma, pode o

ver CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147. São Paulo: RT, maio/2007, p. 123-146.

148. No direito inglês, há previsão no Código de Processo Civil de 2000 acerca dos litígios de grupo (*group litigation order*), que envolvem a decisão de caso teste (*test claim*), permitindo uma decisão com eficácia coletiva de demandas com fundamento em mesma questão de fato ou de direito. Neste sentido, veja-se: ANDREWS, Neil. O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2.ª ed. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2012, p. 539 e ss.

149. Para a definição da questão controvertida, veja-se o estudo de MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto do CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; Fux, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Orgs.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 809-871.

relator requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discuta o objeto do precedente, os quais deverão prestá-las no prazo de quinze dias. E deverá intimar o Ministério Público para que se manifeste também no prazo de quinze dias (art. 982, I, II, e III). O incidente deverá ser julgado no prazo de um ano. Não o sendo, cessa a suspensão dos processos determinadas quando de sua admissão (art. 980).

O art. 982, § 4.º permite que aquele que for parte em processo tramitando em outro estado ou região (conforme se trate da competência territorial do tribunal), possa requerer ao STF ou STJ, o sobrestamento dos processos em todo o território nacional, o que também é reconhecido ao Ministério Público e à Defensoria Pública (art. 982, § 3.º). Decidido o incidente, cessa a suspensão dos processos, caso não haja interposição de recurso especial ou extraordinário contra a decisão (art. 982, § 4.º).

Admite o incidente a intervenção de *amicus curiae* e de assistente simples. Estabelece o art. 983, caput: “Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo”. A intervenção do *amicus curiae* justifica-se pelo interesse social envolvido no processo, e a repercussão da decisão. No caso das demandas envolvendo direitos do consumidor, associações civis de defesa e/ou promoção do direito do consumidor, e órgãos de defesa do consumidor, podem atuar como tais. Já o assistente simples é terceiro titular de interesse jurídico na tese jurídica objeto do incidente, decorrente de relação jurídica da qual faça parte (art. 119, CPC/2015). Entende a doutrina que todo aquele que tenha a causa de que seja parte, suspensa por força da instauração do incidente, é titular de interesse jurídico para se manifestar.

Como efeito do julgamento do incidente de recursos repetitivos, a tese jurídica a qual se refira será aplicada “I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986”. (art. 985). A parte final do art. 985, II, de sua vez, preserva a possibilidade de revisão da decisão, o que pode se dar de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública (art. 986). Note-se que o precedente que resulta da decisão torna-se obrigatório, inclusive para o os órgãos do próprio tribunal que prolatou a decisão (vinculação horizontal). O procedimento de revisão, de sua vez, é estrito, devendo observar as mesmas formalidades definidas para instauração do incidente que deu origem à decisão a ser revista.¹⁵⁰ O desrespeito à tese objeto da decisão do precedente, da direi- to à interposição de reclamação (art. 985, § 1.º), nos termos do art. 988, IV, do CPC/2015.

Da decisão do incidente, cabe recurso especial e extraordinário, o qual terá efeito suspensivo, e cuja decisão pelo STJ ou pelo STF, será aplicada a todos os processos individuais e coletivos que tenham por objeto a mesma questão de direito (art. 987). O recurso extraordinário, de sua vez, terá presumida a repercussão geral da questão constitucional discutida (art. 987, § 2.º).

150. Aqui é de interesse a lição de Taruffo sobre o “autoprecedente”, indicando sua menor força em relação aos precedentes nos quais haja relação de vinculação vertical, em que a decisão vinculante decorre dos tribunais superiores. TARUFFO, Michelle. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editore Scientifico, 2007, p. 28.

2.7.2 Recursos especial e extraordinário repetitivos

O Código de Processo Civil de 2015 unifica o procedimento para afetação e julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, realizados sob a égide do CPC revogado, a partir do que estabeleciam os arts. 543-B e 543-C, e detalhado por resoluções do STF e do STJ, respectivamente. Este procedimento já se revelou, sob a égide do CPC revogado, de grande importância para o direito do consumidor, tendo questões controvertidas sido objeto de diversos recursos repetitivos, especialmente no âmbito do STJ.

Percebido como útil instrumento de racionalização da justiça, as preocupações em relação ao procedimento já havidas antes da vigência do CPC/2015 se renovam. Sobre tudo no tocante à escolha do recurso a ser afetado e sua capacidade de demonstrar todos os aspectos que envolvem o objeto da discussão. Da mesma forma, há preocupação com a própria qualidade da apresentação das partes. Isso é especialmente verdadeiro nas demandas repetitivas que envolvam relações de consumo, uma vez que, muitas vezes envolvem os mesmos fornecedores litigantes habituais, e de outro centenas ou milhares de consumidores, em causas das quais apenas um recurso será selecionado e afetado para decisão. Isso pode prejudicar sensivelmente a paridade de armas (art. 7.º, CPC/2015), considerando que a defesa do contingente de consumidores estará confiada, no caso, ao advogado do consumidor no recurso selecionado e aos *amicus curiae*, que apenas tratarão dos aspectos controvertidos indicados pela Corte.

O cabimento do recurso extraordinário e especial repetitivo é previsto pelo art. 1.036 do CPC/2015, o qual estabelece: “Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça”. A partir da afetação, os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais encaminharão ao STF ou ao STJ, conforme o caso, dois ou mais recursos representativos da mesma controvérsia para fins de afetação, determinando a suspensão dos processos pendentes (art. 1.036, § 1.º). Esta seleção feita pelos Tribunais, contudo, não vincula o relator do recurso extraordinário ou especial repetitivo, que poderá selecionar outros representativos da controvérsia (art. 1.036, § 4.º). Sobre os critérios a serem considerados para a seleção dos recursos, o § 6.º do art. 1.036 estabelece que “somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”.

Uma vez selecionado o recurso, será proferida pelo relator a decisão de afetação, na qual, segundo o art. 1.037 do CPC/2015: “I – identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento; II – determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional; III – poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia”. Neste caso, se estes recursos tiverem por objeto outra matéria além daquela objeto da afetação, cumprirá ao tribunal antes decidir a questão afetada para depois deliberar sobre as demais (art. 1.037, § 7.º).

Note-se a preocupação do legislador ao determinar que a decisão de afetação deva identificar com precisão a questão submetida a julgamento, veda a ao órgão jurisdicional, deliberar sobre questão não delimitada nesta decisão (art. 1.037, § 2.º, CPC/2015). Esta providência se associa claramente à proteção da confiança em relação à estabilidade da jurisprudência, evitando surpreender aquele que – confiando na decisão de afetação – deixa de mobilizar-se na defesa de seu interesse, sendo surpreendido pelo tribunal. Para ilustrar, sob a égide do CPC

revogado, trata-se, em parte, das críticas à decisão do Recurso Especial 1061530/RS¹⁵¹, que deu origem à Súmula 381, do STJ, a qual definiu que “nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas”.¹⁵²

O prazo para julgamento do recurso extraordinário ou especial repetitivo é de um ano da data de afetação, prazo após o qual cessa a suspensão dos processos, e a partir do qual será admitido que outro relator do mesmo tribunal superior afetar dois ou mais recursos representativos (art. 1.037, § 4.º a 6.º, CPC/2015).

Assiste a parte que tiver seu processo suspenso, tanto nas instâncias ordinárias quanto no próprio tribunal competente para julgamento do recurso repetitivo (STF ou STJ), demonstrar a distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela que será julgada no recurso afetado, com o objetivo de requerer o prosseguimento do seu processo. O requerimento deverá ser endereçado ao juiz (caso esteja em primeiro grau), ou ao relator do recurso. (art. 1.037, § 10). Ouvida a outra parte, e reconhecida a distinção do caso, será dado prosseguimento ao processo. Da decisão que decide sobre a distinção do caso, cabe recurso de agravo de instrumento (no caso da decisão de juiz de primeiro grau), ou agravo interno (no caso da decisão do relator).

Antes do julgamento do recurso repetitivo, pode o relator solicitar ou admitir a manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, assim como convocar audiência pública, com experts e requisitar informações de tribunais inferiores a respeito da controvérsia (art. 1.038).

A decisão dos recursos afetados implica na declaração, como prejudicados, dos demais recursos que tratem de idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada no julgamento (art. 1.039). Publicado o acórdão paradigma, define o art. 1040, do CPC/2015, “I – o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; II – o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; III – os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; IV – se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”.

Pode a parte desistir da ação em curso no primeiro grau, independente do consentimento do réu, antes de proferida a sentença, se a questão discutida nela for idêntica à resolvida no

151. MIRAGEM, Bruno. Nulidade de cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de direito do consumidor*, v. 72. São Paulo: RT, out.-dez/2009, p. 41-77. TRAJANO, Fábio. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de direito do consumidor*, v. 73. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./2010, p. 51-77; PAULA, Flávio Henrique Caetano de. A violação do CDC pelo STJ nas Súmulas 381, 385 e 404 e a necessidade de cancelamento destas. *Revista de direito do consumidor*, v. 91. São Paulo: RT, jan.-fev./2014, p. 397-404; NERY JR., Nelson. Questões de ordem pública e seu julgamento *ex officio*. Considerações sobre o verbete “STJ 381”, da súmula da jurisprudência predominante do STJ. *Revista de direito privado*, v. 60. São Paulo: Ed. RT, out.-dez/2014, p. 237-254.

152. STJ, 2.ª Seção, j. 22.4.2009 *Dje* 5.5.2009.

recurso. (art. 1.040, § 1.º). Se a desistência ocorrer antes da contestação ficará a parte isenta do pagamento de custas e honorários de sucumbência.

Por outro lado, se: "mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior (...)" (art. 1.041, CPC/2015). Por outro lado, se for realizado juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem deverá decidir as demais questões cujo enfrentamento se torne necessário em decorrência da alteração (art. 1.041, § 1.º). Se houver reexame pelo órgão que prolatou o acórdão recorrido, e este versar sobre outras questões, cabe ao presidente do tribunal determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões, independentemente de ratificação do recurso ou de juízo de admissibilidade (art. 1.041, § 2.º).

EFETIVIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

3

SUMÁRIO: 3.1 Ação de cumprimento específico da obrigação: 3.1.1 Disciplina específica do CDC e o Código de Processo Civil de 2015 – 3.1.2 Tutela inibitória específica – 3.2 Ação de responsabilidade civil do fornecedor – 3.3 Incidente de desconsideração da personalidade jurídica – 3.4 Produção antecipada da prova e exibição de documentos – 3.5 Ações revisionais no direito do consumidor – 3.6 Ação de exigir contas.

Ao lado das ações coletivas que têm por finalidade a obtenção de provimento judicial com eficácia *erga omnes* em favor dos consumidores, as disposições do CDC e a própria prática processual vêm desenvolvendo diversas espécies de ações judiciais visando à realização concreta dos direitos do consumidor postulados em juízo. Além das ações judiciais de defesa do consumidor, de igual importância atentar-se ao procedimento das ações em causa. A importância da determinação do procedimento tem haver com o modo pelo qual o processo se desenvolverá, como por exemplo, a possibilidade maior de realização de provas, maior formalidade em vista do tempo do processo. Como ensina Mancuso, trata-se *do modo e da forma pelo qual o processo seguirá seu curso*.¹ Assim, por exemplo, a importância, nos conflitos decorrentes dos litígios de consumo, das ações interpostas de acordo com o rito sumário, no procedimento comum previsto na Lei 9.099/95, nos Juizados Especiais Cíveis.

As ações de titularidade dos consumidores são diversas, desde aquelas em que exigem o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer, relativamente ao cumprimento dos deveres legais e contratuais de parte dos fornecedores. Da mesma forma as ações de responsabilidade, pelas quais os consumidores lesados em decorrência de vício ou fato do produto ou do serviço legitimam-se para interposição de ação visando à condenação do fornecedor como responsável pelo dano causado, e seus consectários legais – as alternativas em caso de vício no caso dos artigos 18 e 19 (abatimento do preço, substituição do produto, resolução do contrato, complementação da medida ou peso), ou o que é deveras mais comum, a responsabilidade pelos danos causados pelo fato do produto, em decorrência de defeito nele presente.

Ao lado destas ações expressamente previstas no CDC, há espécies de demandas consagradas pela *praxis* judicial, dentre as quais se destaca o amplo contingente de ações revisionais. A ação revisional é expressão que enseja um largo significado, mas que em direito do consumidor revela a pretensão do consumidor de que seja reconhecida a procedência de algum destes

1. MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*-p. 65.

pedidos: a) a nulidade de cláusula abusiva e conseqüente manutenção do contrato revisado; b) a revisão do contrato, para modificação da cláusula abusiva presente desde o momento da celebração; c) a revisão do contrato com respectiva repactuação dos termos e valores das prestações contratadas em face de fato superveniente que deu causa ao seu desequilíbrio. Em todos estes casos a procedência das ações revisionais implica a intervenção direta do Estado-juiz no contrato celebrado por particulares. Esta intervenção, ao tempo em que se justifica pela sua finalidade de reequilíbrio contratual, do cumprimento da lei e do mandamento constitucional de defesa do consumidor, não deverá desconsiderar o pacto já celebrado, cuja invalidade ou relativização dependerá do convencimento judicial sobre seu cabimento.

Por fim, as ações cautelares em direito do consumidor configuram outra grande espécie de demanda. Sua adoção, contudo, deve ser considerada em vista dos interesses estratégicos da parte no processo. Isto porque, apenas para mencionar uma das ações cautelares mais utilizadas em direito do consumidor, a de exibição de documento ou coisa, com o objetivo de, no mais das vezes, requerer documentos que estão de posse do fornecedor em vista da espécie e do modo de contrato celebrado (não é fornecida cópia do contrato para o consumidor).² A oportunidade estratégica da cautelar nestes casos prende-se à absoluta falta de conhecimento dos termos do contrato. Caso contrário, não é demais lembrar que, não tendo sido a cópia do contrato entregue ao consumidor, poderá caber ao fornecedor a apresentação da cópia de seus termos, mediante a inversão do ônus da prova facultado ao juiz, mediante requerimento do consumidor, no processo de conhecimento.

Examinemos, pois, as principais ações previstas no CDC, para cumprimento do disposto em suas normas, de modo a assegurar os direitos dos consumidores.

3.1 AÇÃO DE CUMPRIMENTO ESPECÍFICO DA OBRIGAÇÃO

As ações visando o cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer podem cobrir um largo espectro de pretensões do consumidor. Assim, por exemplo, o cumprimento específico da oferta, previsto no artigo 35, com a correspondente entrega do produto ou prestação do serviço, conforme anunciado. Da mesma forma, em uma relação contratual contínua (nos contratos cativos, ou relacionais), a pretensão de obstar a resolução promovida pelo autor, pretendendo obter o produto ou serviço ajustado, de modo a dar continuidade à relação contratual. Já entre os provimentos visando a abstenção do fornecedor de realizar condutas tendentes à violação dos direitos do consumidor, está a ação que busca impedir a inscrição indevida do consumidor nos bancos de dados de informações negativas (SERASA, SPC), a proibição de que coloque no mercado produto ou serviço que apresentem alto grau de nocividade ou periculosidade, de não obstar a realização da prestação contratual, dentre outras.

2. "Processual civil. Recurso especial. Hospital. Acesso a documentos médicos requerido pelo próprio paciente. Negativa injustificada pela via administrativa. Ensejo de propositura de ação de exibição de documentos. Ônus de sucumbência. Princípio da causalidade. – De acordo com o Código de Ética Médica, os médicos e hospitais estão obrigados a exibir documentos médicos relativos ao próprio paciente que requeira a exibição. – A negativa injustificada à exibição de documentos médicos pela via administrativa, que obrigou o paciente à propositura de ação à sua exibição pela via judicial, tem o condão de responsabilizar o hospital pelo pagamento dos ônus de sucumbência, em atenção ao princípio da causalidade, nos termos dos precedentes firmados no STJ. Recurso especial conhecido e provido" (STJ, 3.ª T., j. 02.12.2003, rel. Min. Nancy Andrighi).

Para o acolhimento destas e de outras pretensões de titularidade dos consumidores, o CDC estabeleceu em seu artigo 84, uma série de regras visando reforçar a efetividade da tutela jurisdicional nestes casos, na medida em que previu novas providências judiciais a serem adotadas em vista de assegurar o cumprimento das determinações expedidas, sobretudo em vista do resultado prático equivalente ao cumprimento da obrigação. Há neste sentido, a possibilidade de combinação de diversos pedidos,³ como os de natureza mandamental (abster-se de fazer publicidade enganosa ou abusiva), em conjunto com providência cominatória (promover contra-propaganda); providências cautelares (retirada de produto), combinada com pedido de natureza condenatória (pagar indenização), entre outros.

No sistema do CDC, parece haver um evidente reforço das decisões de caráter mandamental,⁴ entendidas como aquelas nas quais o juiz, a par de eventualmente condenar o réu ou cominar-lhe uma sanção, ordena um determinado comportamento de ação ou abstenção, a ser observado sob pena de caracterizar desobediência do juízo. Esta lógica do CDC está preservada, e sua vigência não contradiz o que define o Código de Processo Civil de 2015. Ao contrário, há clara comunhão de propósito de ambas as leis.⁵ Neste sentido, o artigo 84 do CDC, estabelece em seu *caput*: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Em seus parágrafos, o artigo 84 vai relacionar quais as providências confiadas ao juiz para a promoção de direito pleiteado na ação. Dispõe então: “(...) § 1.º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2.º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (artigo 287 do CPC). § 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu. § 4.º O juiz poderá, na hipótese do § 3.º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5.º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial”. A redação original do art. 84, § 2.º do CDC faz referência ao CPC revogado. Deve ser compreendido em vista do que dispõe, atualmente, o art. 500 do CPC/2015: “A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação”. Note-se que a exigibilidade da multa exige a intimação pessoal do devedor, conforme refere corretamente a Súmula 410 do STJ: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.

3. Neste sentido: MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, p. 74.

4. Neste sentido, quanto às decisões cujo objeto é a antecipação da tutela pretendida com relação ao pedido principal, sustenta Ovídio Baptista da Silva que sempre deverão ter uma eficácia mandamental ou executiva. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*, 6. ed. São Paulo: RT, 2002. v 1, p. 137-138.

5. Para uma visão geral da tutela específica da obrigação no CPC/2015, veja-se o estudo de: GAIO JR., Antônio Pereira. A tutela específica no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 241. São Paulo: RT, mar./2015, p. 313-335.

3.1.1 Disciplina específica do CDC e o Código de Processo Civil de 2015

Em primeiro lugar, observa-se a prevalência, no sistema do CDC, em assegurar o cumprimento específico da obrigação, de modo a desestimular o fornecedor-devedor, a optar pelo simples descumprimento da obrigação e eventual responsabilidade por perdas e danos decorrentes da violação do contrato. Em uma economia de escala como é a que se observa nos contratos de consumo de massa, a opção pelo descumprimento pode ser, muitas vezes, economicamente vantajosa para o fornecedor, que diante disso calcula seu risco de eventual responsabilização por uma parte dos consumidores que sofrem o inadimplemento. Este comportamento, flagrantemente contrário à boa-fé, é superado pela providência judicial prevista no artigo 84, § 1.º, do CDC, uma vez que este estabelece que a conversão da obrigação em perdas e danos só deve ocorrer por opção do consumidor-credor, ou se impossível a tutela específica ou o resultado prático equivalente.⁶

Esta conversão em perdas e danos, contudo, não se dá sem que, sendo cabível, seja cominada sanção ao fornecedor por descumprimento, quando for o caso, em conjunto com a indenização. Assim, a expressa referência do CDC ao artigo 287 do CPC revogado, ora definido pelo art. 500 do CPC/2015: “Art. 500. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.”. Trata-se da incorporação em nosso sistema processual das denominadas *astreintes*, cuja finalidade não se encontra na maior indenização ou benefício do autor da ação, senão em assegurar a soberania da decisão do juízo, resguardando sua autoridade.

Deve-se dizer, contudo, que as *astreintes*, como meio eficaz de coerção para cumprimento de sua obrigação pelo réu, não vem cumprindo adequadamente seu papel, em especial pelo fato de que parte da jurisprudência vem compreendendo, em face do atingimento de valores elevados a este título, justamente em razão do tempo de descumprimento, ser possível a redução da multa aplicada.⁷ Há, neste caso, evidente contradição às razões que levaram à sua introdução

-
6. “Processual civil. Ação civil pública. Proteção ao consumidor. Assistência. Transformação do resultado. Lei 7.347/1985 (art.21). Lei 8.078/1990 (artigo 84 e § 1.º) – CPC, artigos 50 e parágrafo único, 264, parágrafo único, 267, I e VI, 295, I, e parágrafo único, III, 302, 303 e 462. 1. Ação civil pública, reformada por disposições do Código de Defesa do Consumidor, quanto à intervenção de terceiros interessados para apuração de responsabilidade por danos morais e patrimoniais, acolhe a aplicação supletiva do CPC (artigo 50 e 54). Outrossim, diferentemente de outras ações de jurisdição litigiosa, nos quais os efeitos da sentença alcançam somente as partes integradas a relação processual formada, na ação civil pública a eficácia e *erga omnes* (artigo 16 Lei 7.347/1985, artigos 16, 19 e 21). 2. O ingresso do assistente na relação processual formada na espécie em causa guarda conteúdo e repercussões peculiares, recebendo a causa no estado em que se encontrar, mas sem excluir causa superveniente (artigo 462 do CPC). Pois a prestação jurisdicional há de compor a lide como ela se apresenta no momento da entrega. O direito superveniente e o direito objetivo pela ocorrência de fatos novos constitutivos, modificativos ou extintivos da pretensão deduzida na inicial. 3. Impossível a tutela específica inicialmente pedida, quanto ao resultado, viabiliza-se a transformação preconizada em lei (danos e perdas), já que a sentença deve refletir o estado de fato da lide no momento em que for proferida. No caso, sem alteração substancial da causa de pedir, no pertencente ao resultado, notória causa superveniente forçou a transformação (artigo 84 e § 1.º, da Lei 8.078/90). 4. Recurso improvido” (STJ, REsp 89.561/SP, j. 03.04.1997, rel. Min. Milton Pereira, DJU 28.04.1997, p. 15811).
7. Assim: “Reclamação. Juizados especiais. Competência para executar seus próprios julgados. Valor superior a 40 salários mínimos. *Astreintes*. Descumprimento de liminar. Redução do *quantum* da

no ordenamento jurídico brasileiro. Ora, se a soma devida pelo réu revela-se muito elevada, justamente pelo tempo decorrido no descumprimento da decisão judicial, sua redução ulterior em nada contribui à efetividade da medida. Pelo contrário, estimula a resistência do réu em vista da possibilidade futura de escapar aos efeitos plenos da sanção.

Há possibilidade da concessão de tutela provisória de urgência ou evidência, e com a finalidade de assegurar sua efetividade, ou ainda da própria sentença final do processo, que se determine, em caráter acessório, a imposição de multa diária pelo descumprimento do comando judicial. Note-se que se trata de uma faculdade integrante dos novos poderes indicados ao juiz no processo, razão pela qual o próprio § 4.º fará referência a que a imposição da multa se dá de modo independentemente ao pedido do autor, se o magistrado entender que seja o mesmo suficiente ou compatível com a obrigação, assim como fixando prazo razoável para o cumprimento de sua determinação. Esta disposição do CDC está de acordo com o que estabelece o CPC/2015, que em seu art. 497 dispõe: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”. O art. 499 do CPC/2015, de sua vez, refere: “A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

Note-se que, se verificar desde logo que pode não ser possível a concessão da tutela específica, pode o autor, já na petição inicial, formular pedido subsidiário, nos termos do art. 326 do CPC/2015.⁸

- multa diária. Reclamação parcialmente procedente. 1. Nos termos do artigo 3.º, § 1.º, I, da Lei 9.099/2005, compete ao Juizado Especial a execução de seus julgados, inexistindo, no preceito legal, restrições ao valor executado, desde que, por ocasião da propositura da ação, tenha sido observado o valor de alçada (RMS 33.155/MA, 4.ª T., rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 29.08.2011). 2. O fato de o valor executado ter atingido patamar superior a 40 (quarenta) salários mínimos, em razão de encargos inerentes à condenação, não descaracteriza a competência do Juizado Especial para a execução de seus julgados. 3. A multa cominatória prevista no artigo 461, § 4.º e 5.º, do CPC não se revela como mais um bem jurídico em si mesmo perseguido pelo autor, ao lado da tutela específica a que faz jus. Sua fixação em caso de descumprimento de determinada obrigação de fazer tem por objetivo servir como meio coativo para o cumprimento da obrigação. 4. Dessa forma, deve o juiz aplicar, no âmbito dos juizados especiais, na análise do caso concreto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de não se distanciar dos critérios da celeridade, simplicidade e equidade que norteiam os juizados especiais, mas não há limite ou teto para a cobrança do débito acrescido da multa e outros consectários. 5. No caso concreto buscou-se, na fase de cumprimento de sentença, o recebimento de valor a título de *astreintes* no montante de R\$ 387.600,00 (o que corresponde, em valores atualizados até a presente data e com juros de mora a R\$ 707.910,38), quando o valor da condenação principal – danos morais – ficou em R\$3.500,00. 6. Sopesando o fato de o valor fixado a título de *astreintes* revelar-se, na hipótese, desarrazoado ao gerar o enriquecimento sem causa, com a gravidade da conduta da reclamante ao manter o nome do autor em cadastro restritivo por mais de dois anos, sem justificativa razoável, o valor da multa deve ser reduzido para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). 7. Reclamação parcialmente procedente” (STJ, Rcl 7.861/SP, 2.ª Seção, j. 11.09.2013, rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 06.03.2014).
8. “Art. 326. É lícito formular mais de um pedido em ordem subsidiária, a fim de que o juiz conheça do posterior, quando não acolher o anterior. Parágrafo único. É lícito formular mais de um pedido, alternativamente, para que o juiz acolha um deles.”

Tratando-se da obrigação de entregar coisa, o art. 498 do CPC/2015, estabelece: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”. Seu parágrafo único, então, define: “Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz”.

Note-se que o papel das astreintes é decisivo para a efetividade da tutela específica. Conforme assinala Kazuo Watanabe, permite que o juiz proceda, em cada caso concreto, “ao adequado equilíbrio entre o direito e a execução respectiva, procurando fazer com que esta última ocorra de forma compatível e proporcional à peculiaridade de cada caso”.⁹

Estes provimentos confiados ao juiz para garantir a eficácia da decisão que concede a tutela provisória de urgência ou de evidência ou a própria tutela definitiva na sentença de mérito inspiram-se marcadamente no direito estrangeiro, e como já afirmamos, tem em vista não apenas a efetividade do direito do consumidor como também a autoridade do juízo.

Assim, por exemplo, nas ações de cumprimento específico da oferta. Note-se que o artigo 35 do CDC, ao estabelecer o caráter vinculante da oferta, estabeleceu, em favor do consumidor, três alternativas de demanda em relação ao fornecedor, quais sejam: a) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; b) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; ou c) rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos. Poderá ocorrer que estes pedidos sejam apresentados de modo alternativo na ação, ou seja, o consumidor exige a princípio, o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, inclusive com recurso às medidas de competência do juízo, como a determinação de cumprimento sob pena de multa. Entretanto, sendo impossível o cumprimento ou mesmo – em determinado momento – tornando-se inútil o atendimento do pedido para o consumidor, poderá optar pelas outras medidas, inclusive pela resolução do negócio cumulado com a indenização correspondente. Sem prejuízo, note-se, de reclamar desde logo, exercendo o direito de escolha dentre as alternativas estabelecidas no artigo 35 do CDC, a resolução do contrato e condenação do fornecedor inadimplente em perdas e danos.

Em relação ao cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade da obrigação de fazer ou não fazer, incide o art. 536 do CPC/2015, que confere ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente. Admite-se, então, que determine, dentre outras medidas, “a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.” (art. 536, § 1.º). Estas medidas aplicam-se também a ações que tenham por objeto deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional, como é o caso, no direito do consumidor, da retirada do mercado de produtos impróprios para consumo pelo fornecedor, por exemplo (art. 536, § 5.º). Já no caso da obrigação de entregar coisa, o art. 538 do CPC/2015 refere que “no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel”.

A imposição de multa (astreintes) independe do requerimento da parte, podendo ser aplicada *ex officio* em qualquer fase do processo. Assim define o art. 537 do CPC/2015: “A mul-

9. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 843.

ta independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito”.

Pode ocorrer, contudo, que a multa inicialmente imposta não atinja o objetivo de constranger o réu a cumprir a obrigação, revelando-se ineficiente. O § 1.º do art. 537 do CPC/2015 permite ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, “modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que: I – se tornou insuficiente ou excessiva; II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento”. Observe-se que a revisão da multa quanto ao valor ou periodicidade se dá para o futuro, em relação a parcelas vincendas.¹⁰ No caso do excesso, há possibilidade de supressão do crédito decorrente das multas, que embora não refira expressamente a norma, pode ser total ou parcial. Conforme já se mencionou, esta flexibilidade na fixação e exigibilidade da multa cominatória (astreintes) deve ser utilizada com cuidado pelo magistrado, sobretudo para não deslegitimar sua utilidade, frente à descrença do réu na manutenção da sanção, com isso encorajando o descumprimento da ordem judicial. Em outros termos, eventual praxe de redução sistemática das astreintes em razão de seu caráter excessivo, quando este se deva, sobretudo, à reiteração do descumprimento do réu, prejudica a própria finalidade da medida, que se dirige à promoção do adimplemento forçado, pela via judicial.

Destaque-se que o § 3.º do art. 537 prevê que a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, admitindo-se seu levantamento após o trânsito em julgado da sentença favorável ou na pendência de agravo de decisão que inadmitir o recurso especial ou extraordinário.

3.1.2 Tutela inibitória específica

O artigo 84 do CDC, determina novas providências judiciais visando assegurar a efetividade do direito postulado na demanda, no que toca ao cumprimento específico da obrigação de fazer ou não fazer. Neste sentido, estabeleceu dentre outras providências judiciais com a finalidade de assegurar a efetiva tutela do direito, assim como a própria autoridade do juízo,¹¹ a

10. Sobre o tema, veja-se, ainda no regime do antigo Código, o trabalho de AMARAL, Guilherme Rizzo. As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras. Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 226 e ss.

11. “Direito do consumidor. Publicidade enganosa. Caracterização. Obrigação de não mais procedê-la, sob pena de multa. 1. Ostenta-se enganosa a publicidade que, em página inteira de jornal, na parte superior, supermercado lista produtos e preços e, na inferior, com destaque, anuncia garantia total extra, seguida de texto com destaque ainda maior, dizendo que a pessoa ganha grátis o produto se encontrá-lo com preço mais baixo junto a concorrente do que o praticado pelo anunciante, como tal entendido (preço praticado) aquele do jornal, e não o da loja sujeito a manipulação instantânea para frustrar o direito do consumidor. De outra parte, não há falar em obrigação de pagar apenas a diferença entre o preço do anunciante (maior) e o do concorrente (menor), invocando texto que, embora na mesma publicidade, revela promoção diversa. Na realidade, face à clareza da mensagem no sentido de ganhar grátis o produto, o anunciante fez um desafio a todas as pessoas, sob promessa de recompensa, prevista inclusive na legislação civil comum (CC/1916, artigo 1.512; CC/2002, artigo 854), qual seja a prestação de um serviço consistente em encontrar um produto, integrante de uma lista, com preço mais baixo na rede de concorrentes. Para fazer jus ao produto, não era preciso comprá-lo. Bastava encontrá-lo com menor preço na rede de concorrentes. Desde o momento em que pessoas fizeram a pesquisa e encontraram produtos com menor preço e o anunciante

possibilidade de antecipação da tutela antes da decisão final de mérito (incorporada, em 1994, ao CPC revogado, em seu artigo 273, e ora definida nos arts. 294 e ss do CPC/2015), assim como a possibilidade da imposição de multa diária ao réu na hipótese de descumprimento.

Entretanto, uma dificuldade prática que não restou resolvida neste âmbito, foi a de situações nas quais existam, em uma mesma ação, pedidos cumulados, visando de um lado a reparação de danos causados, e de outro, a proibição de que sejam introduzidos no mercado determinados produtos ou serviços defeituosos e que tenham dado causa aos danos reclamados. Nesta situação, poderá ocorrer que, a título de antecipação da tutela e em vista da segurança e da saúde dos consumidores, desde logo seja determinada a abstenção do fornecedor-réu, de promover o oferecimento de tais produtos. Entretanto, no que toca ao pedido de reparação, pode ocorrer que, concluído o processo, não tenha havido por parte daquele consumidor a comprovação dos pressupostos da responsabilidade civil, e diante disso, a decisão final de improcedência da ação, o que determinaria que as liminares concedidas para determinar a remoção do ilícito estariam com sua eficácia esgotada.¹² Neste sentido o parágrafo único do art. 497 do CPC/2015 admite: “Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo”.

Aqui não se exige demonstração de fato, mas mera possibilidade. Isto porque, conforme salienta Luiz Guilherme Marinoni, “evidenciado o ilícito praticado e sua probabilidade, e restando apenas o dano para ser demonstrado, o juiz deverá conceder imediatamente a tutela antecipada de remoção e a tutela antecipada inibitória, sem que tenha que pensar em *fumus boni iuris* ou em *periculum in mora*. É que essa modalidade de tutela antecipatória exige direito evidente e não apenas direito provável, ou direito que ainda dependa da produção da prova”.¹³ Será o caso próprio de um produto que esteja evidenciado como perigoso ou nocivo à saúde do consumidor, cuja proibição da fabricação e comércio poderá ser determinada pelo juiz, e mantida por suas razões, independente de qualquer outra decisão em relação aos demais pedidos porventura existentes no processo.

Da mesma forma, o artigo 102 do CDC, estabelece espécie de ação inibitória de caráter coletivo, para qual são legitimados qualquer um dos órgãos ou entidades referidos no artigo 82, e que visa “compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação distribuição ou venda, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal”. A determinação expressa desta ação tem a utilidade de permitir aos legitimados para defesa do consumidor a possibilidade de compelir o próprio Estado ao cumprimento de seu dever constitucionalmente estabelecido, sendo reconhecida a possibilidade de opor ao Poder Público as providências judiciais visando a efetividade da

negou-se à entrega grátis a pretexto de apenas cobrir a diferença a quem comprasse, e o preço praticado para fins de parâmetro não ser aquele publicado no jornal, e sim o da loja sujeito a prestidigitação, restou evidenciada, pelo suficiente potencial de enganiosidade, tratar-se de publicidade enganosa. Se a lei prevê, em tal caso, a contrapropaganda, sanção mais severa, nada obsta que o pedido se limite a um *minus*, impondo-se a obrigação de não veicular a publicidade, sob pena de multa. Exegese dos artigos 37, § 1.º, 56, XII, e 60, do CDC; e artigo 30 do CDC, artigo 1.512 do CC/1916 e artigo 854 do CC/2002. 2. Apelação provida” (TJRS, 1.ª Câm., j. 05.11.2003, rel. Des. Irineu Mariani).

12. MARINONI. *Técnica processual e tutela dos direitos...*, p. 304.

13. *Idem*, p. 304-305.

medida. A sentença decorrente desta ação terá nítida eficácia mandamental, hipótese em que procedente, deverá consubstanciar-se em uma ordem para que a autoridade realize a providência objeto da demanda, inclusive sob pena de desobediência, em acordo com o artigo 330 do CP.¹⁴

3.2 AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO FORNECEDOR

A ação de responsabilidade civil do fornecedor constitui-se pelo exercício da pretensão indenizatória do consumidor em decorrência de danos sofridos em decorrência de produtos ou serviços introduzidos no mercado de consumo, assim como de falhas na atuação negocial dos agentes econômicos no mercado. Pode se dar tanto a título coletivo – quando o direito de ação é exercido por qualquer um dos legitimados no artigo 82 do CDC –, quanto a título individual, hipótese em que o próprio consumidor lesado ou seus sucessores, ingressam com a ação com a pretensão condenatória do fornecedor ao pagamento de indenização pelos danos causados.

Sobre as ações de responsabilidade, o artigo 101 do CDC, reconhece a aplicação, no que couber, das normas relativas à tutela coletiva de direitos (artigos 81 a 100). Fixa, entretanto, a regra de competência para tais ações, estabelecendo que podem ser interpostas no domicílio do consumidor.¹⁵ Neste sentido a norma de determinação de competência do artigo 101, I, do CDC é especial em relação à norma do artigo 100 do CPC.¹⁶

14. WATANABE. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 901; MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, p. 178.
15. “Direito do consumidor. Competência. Contrato de adesão. Foro de eleição. Domicílio do consumidor. 1. Em se tratando de relação de consumo prevalece o foro do domicílio do consumidor. 2. Recurso não conhecido (STJ, REsp 121.796/MG, j. 17.02.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 15.03.2004, p. 263). Em outras situações acórdãos do STJ vêm sustentando a necessidade de se verificar, ainda que se trate de contrato de adesão, da seguintes hipóteses, que presentes dão causa a abusividade da cláusula de eleição do foro: a) quando a parte aderente não tenha compreensão do sentido e alcance da disposição; b) quando, em razão da cláusula, o acesso ao Poder Judiciário tornar-se inviável ou especialmente difícil; e c) quando se tratar de contratos de obrigatória adesão que tenham por objeto produto ou serviço fornecido com absoluta exclusividade por determinada empresa. Neste sentido: Recurso especial. Contrato de adesão. Foro de eleição. Declinação de ofício. Critério territorial. Enunciado 33 da Súmula/STJ. Reexame de matéria fática. Impossibilidade. Código de defesa do consumidor. Orientação da terceira seção. Recurso desprovido. I – A competência territorial, em virtude do seu caráter relativo, nos termos do Enunciado 33 da súmula desta Corte não pode ser declarada de ofício. II – A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio, válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. III – Não se pode em sede de recurso especial afastar as conclusões a que chegou o acórdão recorrido a respeito da dificuldade para a defesa decorrente de eleição de foro se, para tanto, se arrimou a instância de origem em fatos cuja ocorrência é vedado reexaminar no apelo extremo. IV – A Segunda Seção, na sessão de 13 do corrente, houve por bem modificar seu entendimento para definir a competência, em se tratando de contratos de adesão, sob a disciplina do Código do Consumidor, como absoluta, a autorizar, consequentemente, o pronunciamento de ofício do juiz perante o qual ajuizada a causa em primeiro grau” (STJ, REsp 167.918/SP, j. 21.05.1998, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).
16. “Agravo de instrumento. Competência territorial. Foro da sede da pessoa jurídica e foro do domicílio do consumidor. Artigo 100, IV, a, do CPC e artigo 101, I, do CDC. A competência territorial do foro do

Da mesma forma, o artigo 101, II, do CDC, autoriza o fornecedor-réu da ação, que tiver contratado seguro, a promover o chamamento ao processo da seguradora. Trata-se de norma em evidente benefício do consumidor, uma vez que permite a ampliação do número de réus (o fornecedor e seu segurador), hipótese em que no caso de procedência do pedido, qualquer um poderá ser executado e obrigado ao pagamento da indenização, nos termos da sentença. Igualmente, na hipótese de falência do fornecedor, poderá o consumidor demandar diretamente contra a seguradora contratada por ele, sendo vedado pelo mesmo artigo 101, II, segunda parte, a denunciação da lide, nesta hipótese de ação direta contra a seguradora, do Instituto de Resseguros do Brasil – IRB.

As ações de responsabilidade do consumidor estão intrinsecamente vinculadas – como não poderia ser diferente – às normas de direito material relativas à responsabilidade civil. Neste sentido, o pedido da ação, consistente na condenação do fornecedor-réu ao pagamento de indenização pelos danos causados, identifica os elementos de prova que deverão ser deduzidos em juízo. A legitimação das partes, desde o autor consumidor ou do fornecedor deve estar configurada. Lembre-se que poderão ser demandados, quaisquer dos fornecedores integrantes da cadeia de fornecimento (ressalvada a responsabilidade subsidiária do comerciante na hipótese de fato do produto). Da mesma forma, o pedido e a causa de pedir decorre de uma ação ou omissão referida ao fornecedor. Deverá, a princípio, ser demonstrada no processo, a existência dos requisitos da responsabilidade do fornecedor – conduta, nexo de causalidade, defeito e dano –, assim como dos danos sofridos pelos consumidores. Admite-se, em vista do processo, que a partir dos fatos colacionados se estabeleçam presunções, tanto no que diz respeito à existência do defeito, cuja prova cabal pode ser dispensada (em vista mesmo da impossibilidade material de ser realizada),¹⁷ assim como o nexo de causalidade

domicílio do consumidor para as ações de responsabilidade civil que envolvam relação de consumo artigo 101, I, do CDC – é regra posterior e especial, que prevalece, destarte, sobre a regra anterior e geral do foro da sede quando figurar no pólo passivo pessoa jurídica artigo 100, IV, a, do CPC. A norma de competência do CPC é aplicada, evidentemente, quando não for caso de relação de consumo. Precedentes deste Tribunal. Agravo de instrumento a que se nega seguimento em decisão monocrática” (TJRS, AgIn 70.012.144.036, 6.ª Câm. Civ., j. 30.06.2005, rel. Ubirajara Mach de Oliveira).

17. De referir-se, neste sentido, situação peculiar nas ações indenizatórias, em que o fornecedor-réu postula a produção de provas, providência que, contudo, contradiz eventual conduta anterior, e tem muitas vezes, ou a finalidade de produção de provas inúteis, ou a tentativa de demonstrar a impossibilidade de provar fatos que o que a rigor pode se dar em face do tempo decorrido (e não que não tenham ocorrido), como também da iniciativa, quando se tratem de ações interpostas no Juizado Especial, de sugerir a hipótese de maior complexidade da causa (sobretudo quando se trate de provas periciais), visando provocar o pronunciamento judicial pela incompetência do juízo especial. A avaliação sobre a conveniência da produção da prova, por intermédio do deferimento ou não da medida, requer o prudente arbítrio do magistrado no exercício de seus poderes instrutórios do feito, como bem demonstra a decisão do TJRS: “Consumidor. Produto de consumo durável. Trator que se parte ao meio enquanto era puxado do atoleiro. Recusa de cumprimento da garantia contratual (relativa a material e fabrico), não obstante o sinistro, a reclamação e a presente ação terem sido formuladas dentro do seu interregno. Hipótese que não se confunde com a garantia legal. Preliminar de decadência afastada. Inexistência de laudo ou parecer técnico que justificasse a recusa lacônica, endereçada ao consumidor, no sentido de que a garantia não cobria aquele ‘tipo de avaria’. Omissão que retira o embasamento ético e jurídico do requerimento de perícia pela ré, a esta altura inútil, de modo a buscar deslocar a competência do JEC. Prefaciais afastadas. No mérito, nenhuma demonstração fez a ré do mau uso ou da equivocada conduta do autor na tentativa de desatolar o trator. Ação proce-

dade e o dano moral, quando houver – hipótese em que a caracterização do dano decorrerá dos fatos demonstrados no processo, e sua aptidão de razoavelmente produzir um dano desta natureza.

3.3 INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Um dos temas mais controvertidos no plano da responsabilidade patrimonial diz respeito à extensão dos efeitos das obrigações da pessoa jurídica a seus sócios ou administradores. Conhecida como desconsideração da personalidade jurídica, foi recebida pelo direito brasileiro por intermédio da doutrina especializada, e sedimentada sob a aplicação judicial, com posterior consagração legislativa. Notadamente, a regra geral do art. 50 do Código Civil. Contudo, no direito do consumidor, mereceu disciplina específica, tornando mais abrangente as hipóteses que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica, conforme previsto no art. 28, do CDC, cujo caput dispõe: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”. Atenção merece também o § 5.º do art. 28 do CDC, que dispõe: “Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

As discussões sobre a conveniência e alcance da norma do CDC (veja-se o desenvolvimento do tema na Parte II desta obra, item 3.4.2), orientam-se, especialmente, no sentido de maior previsibilidade quanto ao deferimento da desconsideração e extensão dos efeitos das obrigações sobre o patrimônio dos sócios ou administradores.¹⁸ A rigor, a definição de um procedimento específico para a desconsideração da personalidade jurídica, por intermédio de incidente, está de acordo com a diretriz de proteção da confiança das partes (não-surpresa), prevista nos arts. 9.º e 10 do CPC/2015. Da mesma forma, enfatiza o caráter excepcional da medida.

O art. 133 do CPC/2015 refere: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”. A regra em questão define, a partir da lei processual, que a desconsideração da personalidade jurídica não poderá ser decretada de ofício pelo juiz, o que teria por efeito delimitar os termos da interpretação do art. 28 do CDC, silente no tema.¹⁹ Por esta visão, apenas quando houver pedido da parte interessada ou do Ministério Público, processando-se o incidente, será deferida ou não a desconsideração. O mesmo se diga, em razão do § 2.º do mesmo art. 133, em relação à desconsideração inversa da personalidade jurídica, pela qual a pessoa jurídica possa vir a responder por obrigações contraídas pelos sócios. Todavia, dispensa-se a instauração do

dente. Recurso a que se nega provimento” (TJRS, Recurso Cível 71.001.107.317, 2.ª Turma Recursal Cível, j. 24.01.2007, rel. Mylene Maria Michel, DJ 01.02.2007).

18. Flávio Tartuce refere a um “clamor doutrinário” pela imposição da regra: TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. Rio de Janeiro: Método, 2015, p. 72.
19. CÂMARA, Alexandre Freitas. Comentário ao art. 134. WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, Breves comentários, p. 426-427... WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO/MELLO, *Primeiros comentários...*, p. 252.

incidente se houver pedido com este fim já na petição inicial, hipótese em que o sócio ou a pessoa jurídica serão citados para participar da ação (art. 134, § 2.º, CPC/2015).

Nas causas que tenham por objeto relação de consumo, pode eventualmente se estabelecer controvérsia sobre a aplicação do art. 133 do CPC/2015, no ponto em que ele impede a decretação *ex officio* da desconsideração da personalidade jurídica, em especial, com o fundamento da ordem pública constitucional de que se reveste o CDC.²⁰ Todavia, deve-se ter em conta que o propósito da norma, é o de assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa daquele que pode vir a responder, com seu patrimônio, pelas obrigações contraídas pela pessoa jurídica, ou ainda esta, no caso de desconsideração inversa. Dificuldades no processamento do incidente, ou ainda, a própria locução “o juiz poderá”, definida no art. 28, do CDC, militam em favor da possibilidade da decretação de ofício. Contudo, por mais discutível que seja a solução processual, o fato é que ao definir, o CPC, um procedimento, este deverá ser observado na aplicação do direito material. De qualquer sorte, note-se que mesmo se admitindo a decretação de ofício da desconsideração, isso não elimina o dever de assegurar a manifestação prévia à decisão, das partes que venham a sofrer seus efeitos. É o que resulta do art. 10 do CPC/2015.

O efeito da instauração do incidente será a suspensão do processo e citação do sócio ou da pessoa jurídica para manifestar-se e requerer provas. Concluída a instrução do processo, será proferida decisão interlocutória, da qual cabe recurso (art. 136, CPC/2015). Acolhido o pedido de desconsideração, define o art. 137 do CPC/2015 que “a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente”. Note-se, neste particular, o entendimento de que os efeitos da desconsideração só se estabelecem para caracterizar a fraude à execução, se o beneficiário tinha como ter conhecimento da existência do incidente.²¹

3.4 PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA E EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS

Providências antecedentes à demanda assumem, desde logo, grande utilidade nas demandas envolvendo direitos do consumidor. Especialmente no tocante à produção antecipada de provas, que sob a vigência do CPC revogado, se dava tanto mediante as ações cautelares de exibição (artigo 844 do CPC revogado, especialmente quando relativas a litígios sobre o contrato de consumo, em que não fora entregue ao consumidor, cópia do instrumento da contratação), e a produção antecipada de provas (artigo 846 do CPC revogado).

Embora haja a possibilidade de inversão do ônus da prova nas ações que tenham por objeto relações de consumo, a necessidade de demonstrar série de fatos ou mesmo a existência de relação jurídica anterior entre as partes (caso de um contrato celebrado pelo consumidor com o fornecedor, por exemplo), ou seu conteúdo do qual se pretende reconhecimento de abusividade, precisam ser conhecidos. Acrescente-se, ainda, em demandas envolvendo relações ou fatos havidos na internet, a devida demonstração destes fatos, que podem ser feitas por inspeção judicial ou atestados pelo juízo, e quando anteriores à ação, ou para prevenir-se de desapareci-

20. Assim, IARTUCE, Flávio. O novo CPC e o direito civil..., p. 77-78.

21. CÂMARA, Alexandre Freitas. Comentário ao art. 134. WAMBIER; DIDIER JR.; TALAMINI; DANTAS, Breves comentários..., p. 429.

mento das informações divulgadas na página, por intermédio de ata notarial, como ora prevê o art. 384 do CPC/2015.²²

Em relação à produção antecipada de provas, o art. 381 do CPC/2015 refere que será admitida nos casos em que: "I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação".

É competente para a produção antecipada da prova o juízo do foro onde ela deva ser produzida ou o foro do domicílio do réu (art. 381, § 2.º, CPC/2015). Não há, contudo, prevenção da competência do juízo para ação que venha a ser proposta (§ 3.º).

A produção antecipada da prova será realizada mediante petição, na qual o requerente deverá justificar a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais deve recair (art. 382, CPC/2015). O juiz então, determinará, de ofício ou a requerimento da parte a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se não houver caráter contencioso (art. 382, § 1.º, CPC/2015).

Dado seu caráter preparatório, contudo, não se pronunciará o juiz sobre a ocorrência ou inoocorrência do fato, ou sobre suas consequências jurídicas. (art. 382, § 2.º, CPC/2015). Interessados podem requerer a produção da prova no mesmo procedimento instaurado pelo requerente originário, salvo se a produção conjunta acarretar demora excessiva (art. 382, § 3.º, CPC/2015).

Não se admite no procedimento de produção antecipada da prova, defesa ou recurso, salvo da decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382, § 4.º). O art. 383 do CPC/2015 define então que, uma vez produzida a prova, "os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados." Ao final do prazo, serão entregues àquele que promoveu a medida (art. 383, parágrafo único, CPC/2015).

Outro procedimento é o de exibição de documento ou coisa, previsto no art. 396 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015. Não traz grandes distinções em relação ao procedimento regulado pelo art. 355 e seguintes do CPC revogado. A jurisprudência do STJ, de sua vez, consolidou-se no sentido de admitir cabível o pedido de exibição, desde que haja demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, o prévio pedido do documento e seu não atendimento pelo fornecedor, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão contratual ou regulamentar.²³ Neste sentido, diverge de entendimento adotado por muito tempo, que reconhecia o cabimento da pretensão, independentemente da existência de anterior requerimento

22. "Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial."
23. "Processo civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Expurgos inflacionários em caderneta de poupança. Exibição de extratos bancários. Ação cautelar de exibição de documentos. Interesse de agir. Pedido prévio à instituição financeira e pagamento do custo do serviço. Necessidade. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo do serviço conforme previsão con-

administrativo.²⁴ Aqui parece necessária uma distinção. Quando se trate de documento que o consumidor tenha direito a receber, por força do contrato ou da lei, a exigência de prévio pedido administrativo só se justifica se não tenha havido já o descumprimento da obrigação de entrega anterior (caso da cópia do contrato, por exemplo, de que trata o art. 46 do CDC). Outra situação ocorre quando se trate da exibição de documento cujo acesso se dá no interesse exclusivo da produção de prova em juízo, mas ao qual o consumidor não teria acesso, por força do contrato ou da lei, sem sua solicitação ao fornecedor. Neste caso, adquire sentido a existência de prévio pedido administrativo, conforme indica a jurisprudência do STJ.

O art. 397 do CPC/2015 define que o pedido da parte para exibição de documento conterá “I – a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa; II – a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa; III – as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária”. Estando em poder de terceiro, este será citado para responder no prazo de quinze dias (art. 401, CPC/2015). Havendo recusa, ou negando – o terceiro – ter a posse do documento, o juiz designará audiência especial, tomando seu depoimento e o das partes. Havendo recusa, e o juiz ordenando-lhe o depósito, se o terceiro descumprir será expedido mandado de apreensão, requisitando-se, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência (art. 403, parágrafo único, CPC/2015).

Pode ocorrer, contudo, mesmo tendo o consumidor postulado a produção antecipada da prova, que não sejam os documentos ou as provas requeridas obtidos por esta via processual, em vista de diversas razões como a negativa do fornecedor, a alegação de inexistência dos documentos ou sua destruição. O art. 359 do CPC revogado fundamentou entendimento segundo o qual, havendo recusa injustificada no fornecimento do contrato, há de se presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor.²⁵ Este entendimento claramente se preserva em vista do art. 400 do CPC/2015: “Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I – o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II – a recusa for havida por ilegítima”. Tais situações devem ser levadas ao conhecimento do juiz na ação principal, e serão consideradas para efeito da formação do convencimento do magistrado no que diz respeito ao exercício da faculdade de inversão do ônus da prova (art. 6.º, VIII, CDC).

Inova, contudo, o CPC/2015, na previsão do parágrafo único do art. 400, o qual estabelece: “Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”. A competência para definição da melhor medida que permita a satisfação da pretensão é do magistrado, consideradas as características

tratal e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido.” (STJ, REsp 1349453/MS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 2a Seção, j. 10.12.2014, DJe 02.02.2015).

24. STJ, AgRg no REsp 1.228.289/RS, 4.ª T., j. 17.12.2013, rel. Min. Marco Buzzi, DJe 04.02.2014.

25. “Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ação de revisão contrato de cartão de crédito. Incidente de exibição de contrato. Recusa injustificada. Presunção de veracidade. Artigo 359 DO CPC. 1. Em se cuidando de relação jurídica entre instituição financeira e consumidor de serviços bancários, presumem-se verídicos os fatos alegados na falta de exibição incidente de contrato. Embora não caiba a multa pelo descumprimento, que na hipótese não foi cogitada, o efeito da não exibição do instrumento contratual revisando, ou da ilegitimidade da recusa, é ter como verdadeiros os fatos que a parte adversa quer provar, nos termos do art. 359 do CPC. 2. Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg no AREsp 434.539/RS, 4a T., j. 18.03.2014, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 25.03.2014).

do caso. Neste aspecto, nota-se que, admitindo a lei medidas coercitivas ou mandamentais, abre-se a possibilidade de discussão sobre o cabimento da imposição de multa cominatória pelo descumprimento da determinação judicial, o que desafia o entendimento consolidado atualmente pela jurisprudência²⁶ e expresso na Súmula 372 do STJ: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”.

3.5 AÇÕES REVISIONAIS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

De grande relevância para a efetividade dos direitos do consumidor são as chamadas ações revisionais. Já referimos que a expressão *revisão dos contratos* ou sua dimensão processual, as *ações revisionais*, podem indicar uma série de situações distintas. Tanto dizem respeito a ações revisionais em decorrência da alteração das circunstâncias (quebra da base do negócio jurídico em decorrência de fatos supervenientes ou ainda segundo a teoria da imprevisão, imprevisíveis), quanto à nulidade ou modificação de cláusula contratual considerada abusiva (artigo 6.º, V e artigo 51). Da mesma forma, podem ter lugar não como ações revisionais propriamente ditas, senão como espécie de embargos do devedor, os quais contam com ampla tutela cognitiva sobre a higidez do crédito exigido.²⁷ Essencialmente, o pedido da ação revisional tem em vista a modificação do contrato celebrado pelas partes, seja pela simples supressão de parte deste (nulidade de cláusulas), seja uma inovação positiva, requerendo ao juiz que modifique os termos do contrato, mediante intervenção direta, de certo modo *reescrevendo* seus termos. Nos casos em que se requer a nulidade da cláusula abusiva, a sentença terá efeito declaratório,²⁸ para determinar a existência da nulidade de pleno direito e sua consequência. Assim como, quando atingirem todo o contrato, hão de ter eficácia *desconstitutiva*, ou *constitutiva negativa* (artigo 51, § 2.º), porquanto identificada hipótese de cláusula abusiva que compromete a validade do contrato, há de ser decretada sua nulidade *in totum*. Da mesma forma, terá efeitos constitutivos a sentença que modificar a relação contratual, mediante alteração de cláusulas contratuais, nos termos autorizados pelo artigo 6.º, V, do CDC, uma vez que seu objeto será, de modo precípua, a modificação da relação jurídica estabelecida entre as partes. Ressalte-se, contudo, que, conforme entendimento do STJ, “A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor” (Súmula 380).

No caso das ações revisionais, o objeto litigioso concentra-se na existência de abusividade ou não da cláusula contratual, quando o pedido consistir na decretação de nulidade da respectiva cláusula. O legitimado passivo para a ação, de sua vez, deve ser o fornecedor contratante, não se impedindo todavia que a pessoa jurídica líder do conglomerado econômico no qual fez-se a contratação, por força da teoria da aparência, possa ser igualmente legitimada

26. “Recurso especial representativo da controvérsia. Processual civil. Expurgos inflacionários. Cadereta de poupança. Cumprimento de sentença. Exibição de extratos bancários. Astreintes. Descabimento. Coisa julgada. Inocorrência. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. ‘Descabimento de multa cominatória na exibição, incidental ou autônoma, de documento relativo a direito disponível’. 1.2. ‘A decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada’. 2. Caso concreto: Exclusão das astreintes. 3. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 1333988/SP, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2.ª Seção, j. 09.04.2014, DJe 11.04.2014).

27. STJ, REsp 1365596/RS, 3.ª T., j. 10.09.2013, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 23.09.2013.

28. MANCUSO. *Manual do consumidor em juízo*, p. 175.

para responder à ação revisional.²⁹ Assim como, no que toca às revisionais visando a modificação das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, a controvérsia residirá na demonstração da existência do fato em questão e em sua aptidão para produzir o desequilíbrio contratual, de tal modo a causar a onerosidade excessiva do contrato.

Em todos estes casos, uma vez que o fundamento da ação revisional será sempre o desequilíbrio objetivo das partes no contrato, a procedência do pedido dependerá da adequada demonstração deste desequilíbrio. A questão de maior dificuldade, sobretudo para o juiz será o de precisar, em termos quantitativos a existência do desequilíbrio, diante da ausência de um paradigma útil para realização da análise. Assim ocorre, atualmente, em matéria de controle de juros, no qual a decretação da abusividade da cláusula, em vista do que dispõe o artigo 51, IV, do CDC (obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade), deve ser demonstrada segundo parâmetros técnicos, adequadamente explicitados pelo juiz na sentença. Note-se, neste particular, que a expressão *desvantagem exagerada* constitui espécie de conceito indeterminado, destacando a necessidade de argumentação do juiz quanto aos aspectos de seu convencimento que determinaram o conteúdo da decisão proferida.

Da mesma forma, no que diz respeito à modificação da cláusula contratual, mediante alteração das circunstâncias, a necessidade de correta exposição do raciocínio judicial, em acordo com as fontes do direito aplicáveis (doutrina, jurisprudência), constitui traço indispensável da sentença de procedência ou improcedência do pedido. Nas ações revisionais com fundamento na alteração das circunstâncias (quebra da base do negócio jurídico ou mesmo a teoria da imprevisão), a necessária demonstração de que o comprometimento do equilíbrio contratual é decorrência de uma causa externa não atribuível às partes não deixa de obedecer a certo grau de subjetividade da avaliação judicial, porquanto: a) será o juiz que estabelecerá conclusão sobre a aptidão da causa em comprometer o equilíbrio contratual; ao mesmo tempo em que b) deverá demonstrar que a causa referida na petição do autor não apenas estava apta a romper o equilíbrio do contrato, como que efetivamente o fez. Para tanto, deverá estabelecer o liame lógico de causalidade entre o fato superveniente e o efeito, que é o desequilíbrio contratual.

Observados estes requisitos, restará regular a intervenção do juiz no contrato, para cumprimento da lei e assegurar o equilíbrio das prestações das partes (sinalagma contratual), em acordo com os preceitos da boa-fé objetiva e da equidade que presidem a interpretação e execução dos contratos de consumo.

3.6 AÇÃO DE EXIGIR CONTAS

O Código de Processo Civil revogado previa – segundo disciplina tradicional no direito brasileiro, a ação de prestação de contas. O CPC/2015 impôs câmbio de terminologia, passando

29. “Processual civil. Recurso especial. Revisão de cláusulas contratuais. Legitimidade. Banco líder de conglomerado financeiro. O banco líder de conglomerado financeiro é parte legítima para responder à ação de revisão de cláusulas de contrato de mútuo feneratício, realizado em suas instalações, com pessoa jurídica diversa, mas integrante do mesmo grupo econômico. Aplicação da teoria da aparência. Recurso especial provido” (STJ, REsp 879.113/DF, 3.ª T., j. 01.09.2009, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 11.09.2009).

a se referir à ação de exigir contas. A rigor revela em parte o objeto da ação, que veicula pretensão do autor perante o réu, para que este lhe de informações e documentos que ateste contas de cuja informação tenha direito. Não perde a ação, contudo, seu caráter dúplice. Pode o autor ser quem queira tomar contas ou quem deseje prestá-las, pretendendo ou não decisão judicial que reconheça saldo em seu favor. Contudo, não se perca de vista que a ação de exigir contas não substitui, nem deve ser interposta no lugar de ação revisional, quando tenha por objeto discutir eventual invalidade de cláusulas contratuais.³⁰

Trata-se de ação bastante útil na defesa dos direitos dos consumidores, uma vez que em diversas oportunidades, especialmente nos contratos bancários, financeiros ou de previdência privada,³¹ cuja compreensão do crédito ou débito do consumidor depende de cálculos de distintas complexidades, e com isso a necessidade de obter, junto ao fornecedor, as informações sobre os dados financeiros de uma determinada relação jurídica.³² Neste sentido já decidiu o STJ acerca da legitimidade para sua interposição pelo titular de conta-corrente bancária (Súmula 259), assim como de que não se aplica, no tocante ao prazo para sua interposição, aquele previsto no CDC para reclamação de vícios do produto e do serviço (Súmula 477).³³ Não se admite, contudo, a prestação de contas para o caso de financiamento bancário, em razão da ausência da disposição de valores do consumidor para a instituição financeira.³⁴

O art. 550 do CPC/2015 refere que “Aquele que afirmar ser titular do direito de exigir contas requererá a citação do réu para que as preste ou ofereça contestação no prazo de 15 (quinze) dias”. Na petição inicial, deve o autor especificar, em detalhes, as razões pelas quais exige as contas, juntando os documentos que couberem (art. 550, § 1.º). Prestadas as contas, pode o autor da ação impugná-las, oferecendo fundamentação adequada, e havendo impugnação específica, pode o juiz conceder ao réu prazo para apresentar os documentos que a justifiquem.

O procedimento da ação de prestação de contas, que pode ser interposta pelo consumidor no seu domicílio,³⁵ é relativamente célere. Neste sentido, pode o consumidor requerer a citação

30. STJ, REsp 1231027/PR, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 2.ª Seção, j. 12.12.2012, DJe 18.12.2012.

31. STJ, REsp 600.744/DF, rel. Min. Castro Filho, 3.ª T., j. 06.05.2004, DJ 24.05.2004.

32. Sobre os requisitos do cabimento da ação de prestação de contas em contratos bancários e financeiros, exigindo o detalhamento e individualização da impugnação aos registros: ABRÃO, Carlos Henrique. Prestação de contas bancária. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 9. São Paulo: RT, julho/2000, p. 267.

33. “Processual civil. Recurso especial. Ação de prestação de contas. Prazo decadencial. Artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor. Não incidência. Recurso representativo da controvérsia. 1. O artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre o prazo decadencial para a reclamação por vícios em produtos ou serviços prestados ao consumidor, não sendo aplicável à ação de prestação de contas ajuizada pelo correntista com o escopo de obter esclarecimentos acerca da cobrança de taxas, tarifas e/ou encargos bancários. 2. Julgamento afetado à Segunda Seção com base no procedimento estabelecido pela Lei nº 11.672/2008 (Lei dos Recursos Repetitivos) e pela Resolução STJ 8/2008. 3. Recurso especial provido” (STJ, REsp 1117614/PR, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 2.ª Seção, j. 10.08.2011, DJe 10.10.2011).

34. REsp 1.244.361/PR, 4.ª T., j. 25.09.2012, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 30.10.2012.

35. “Processual civil. Ação de prestação de contas. Planos de benefícios (saúde e renda mensal). Previdência privada complementar. Competência. Foro do local do possível dano. Lei 8.078/90, artigo 93, I. Normas adjetivas de aplicação imediata. Foro de eleição rejeitado. Contrato de adesão. I. A ação de prestação de contas movida após a vigência do Código do Consumidor devem ser aplicadas

do fornecedor para que em quinze dias apresente as contas ou conteste a ação (art. 550 do CPC/2015), prazo este que foi expandido em relação ao previsto no CPC revogado, de apenas cinco dias, muitas vezes considerado impraticável em vista do período e extensão das informações requeridas pelo consumidor ao fornecedor.³⁶ Se estas forem prestadas, o consumidor terá então quinze dias para manifestar-se quanto às informações ofertadas pelo fornecedor (art. 550, § 2.º).

Por outro lado, não havendo contestação do fornecedor, ou negando-se ele a prestar contas, o juiz o condenará a fazê-lo, na sentença que julgar procedente o pedido, no prazo de quinze dias. O art. 522 do CPC/2015, de sua vez, define que a sentença da ação de exigir constas apurará o saldo e constituirá título executivo judicial em favor do credor.

as normas adjetivas dele constantes relativas ao foro competente que, no caso dos autos, fixa-se onde poderá se produzir o dano, pelo recebimento, a menor, pelo autor, em seu domicílio, das prestações devidas a título de contraprestação pela filiação em planos de benefícios prestados pela entidade de previdência privada complementar. II. Não prevalência, de outro lado, do foro contratual de eleição, visto que não se configura em livre escolha do consumidor, mas mera adesão a cláusula pré-estabelecida pela instituição previdenciária que seleciona a Comarca onde tem sede, implicando em dificultar a defesa da parte mais fraca, em face dos ônus que terá para acompanhar o processo em local distante daquele onde reside. Precedentes. III. Recurso conhecido e provido" (STJ, REsp 119267/SP, 4.ª T., j. 04.11.1999, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 06.12.1999).

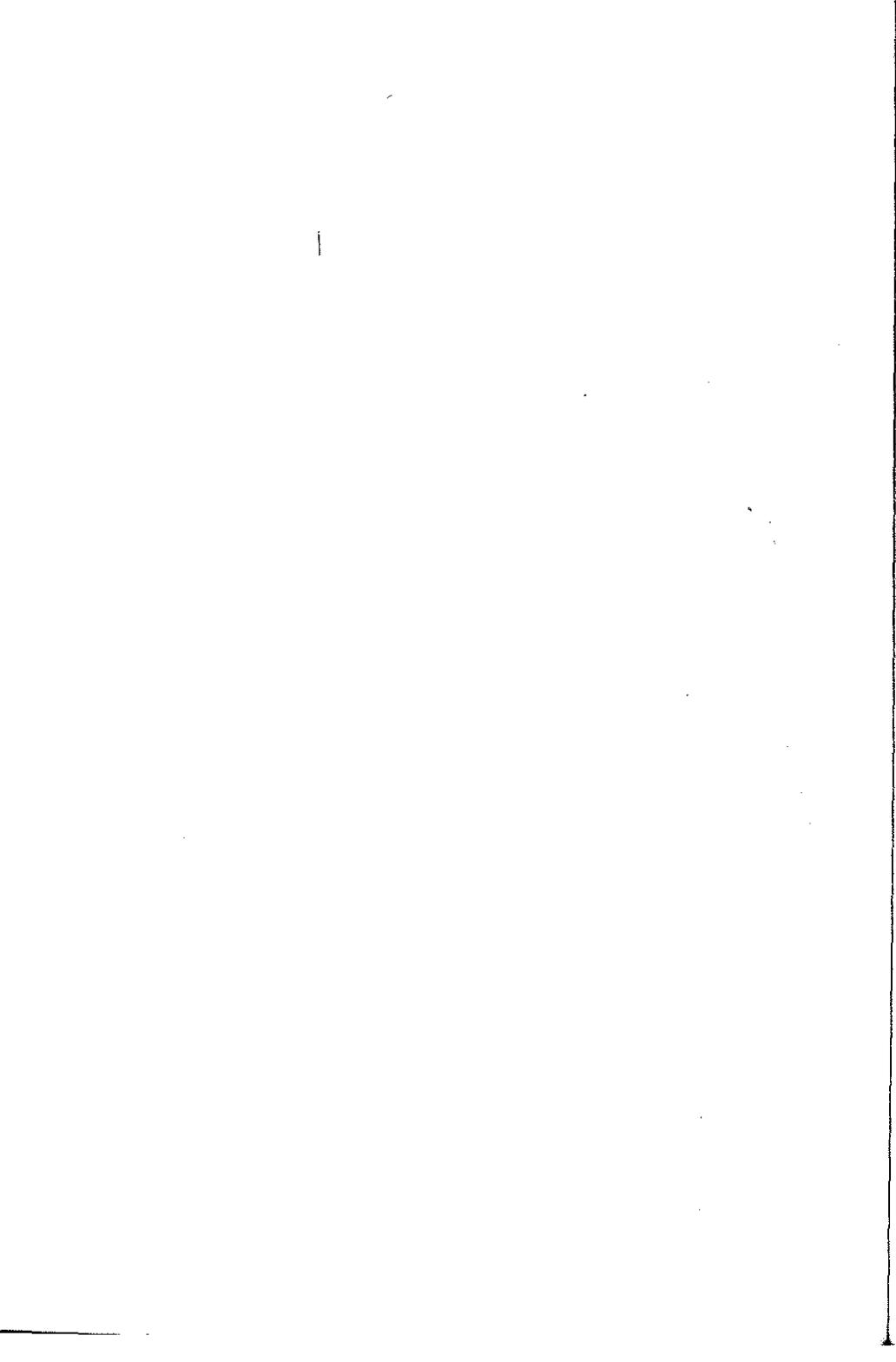
36. Neste sentido, em parecer para instituição bancária, posiciona-se favoravelmente a esta possibilidade: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos – Ação de prestação de contas. *Revista de Processo*, v. 197, p. 413 et seq. São Paulo: Ed. RT, julho/2011. Em sentido contrário, sustentando a impossibilidade de alteração dos prazos: CHIAVEGATTI, Ricardo. NUNES, Thiago Marinho. Ação de prestação de contas e instituições financeiras: consumidor acima da lei? atualidades e reflexões sobre o procedimento da prestação de contas e algumas decisões emblemáticas recentes da jurisprudência brasileira. *Revista de Processo*, v. 164, p. 283 et seq. São Paulo: Ed. RT, outubro/2008.

PROTEÇÃO ADMINISTRATIVA DO CONSUMIDOR

Ao estabelecer o direito fundamental de defesa do consumidor em seu artigo 5.º, XXXII, a Constituição da República determinou ao Estado o dever de realizá-lo, sob suas diferentes projeções, como o Estado-legislador (que promulgou o CDC, nos termos do artigo 48 do ADCT), o Estado-juiz, que por intermédio das regras de processo, exerce seu poder jurisdicional em acordo com a Constituição e as leis, de modo a promover a efetividade dos direitos do consumidor, assim como estabeleceu o dever do Estado de agir diretamente, pelo exercício de sua função executiva, promovendo as providências de caráter administrativo, visando à promoção da defesa do consumidor.

Caberá à Administração Pública, por intermédio de seus Órgãos e Entidades, o dever de promover a defesa do consumidor no âmbito das providências administrativas de sua competência, conforme o estabelecido no próprio CDC. Para tanto, a criação e funcionamento de órgãos com competência específica de proteção do consumidor e o exercício de competência por estes mesmos Órgãos (Procon, Senacon), são acrescidas de providências endereçadas a todos os Órgãos da Administração, em seus respectivos âmbitos de competência, de dar cumprimento às normas legais previstas no CDC, em vista tanto do dever estatal de defesa do consumidor, quanto do respeito ao princípio da legalidade.

Já fizemos referência acerca da transversalidade do direito do consumidor sobre as demais disciplinas jurídicas, dispondo sobre temas de direito privado, processual, administrativo, dentre outros. Esta transversalidade também se projeta na atuação da Administração Pública. A existência de Órgãos administrativos com competência específica de proteção do consumidor, não elimina o poder-dever dos demais, de respeito às normas do Código, assim como sua implementação de acordo com sua competência fixada em lei. Assim ocorre, atualmente, em relação às agências reguladoras, ou aos demais órgãos de regulação de mercado (CADE, Banco Central), todos dotados de competência e vinculados à realização das normas de proteção do consumidor.



A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DEFESA DO CONSUMIDOR

1

SUMÁRIO: 1.1 Agências reguladoras e defesa do consumidor – 1.2 Exercício do poder de polícia e defesa do consumidor – 1.3 Procedimento administrativo de *recall*.

O CDC consagrou, para a defesa dos direitos subjetivos do consumidor, a via judicial – fundada na garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário – e a via administrativa, de competência dos distintos entes federados (artigo 55, § 1.º, do CDC). Interessa-nos neste ponto, o exame da defesa administrativa, a partir do exame, em um primeiro momento, do sistema de proteção e defesa do consumidor organizado em nível federal.

A União exerce sua competência administrativa no que refere à matéria atinente ao Código de Defesa do Consumidor, basicamente, através do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, previsto no artigo 105 do CDC. Este dispõe: “integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor”. O SNDC é coordenado atualmente pela Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON –, criada pelo Decreto 7.738, de 28 de maio de 2012, o qual lhe indica “exercer as competências estabelecidas na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990”.¹ Sucede, neste caso, o Departamento de Proteção e Defe-

1. Assim o artigo 17 do Anexo I ao Decreto 6.061, de 2007, com a redação que lhe deu o artigo 6.º, do Decreto 7.738/2012: “Art. 17. À Secretaria Nacional do Consumidor cabe exercer as competências estabelecidas na Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, e especificamente: I – formular, promover, supervisionar e coordenar a Política Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor; II – integrar, articular e coordenar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC; III – articular-se com órgãos da administração federal com atribuições relacionadas à proteção e defesa do consumidor; IV – orientar e coordenar ações para proteção e defesa dos consumidores; V – prevenir, apurar e reprimir infrações às normas de defesa do consumidor; VI – promover, desenvolver, coordenar e supervisionar ações de divulgação dos direitos do consumidor, para o efetivo exercício da cidadania; VII – promover ações para assegurar os direitos e interesses dos consumidores; VIII – adotar ações para manutenção e expansão do Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor – SINDEC, e garantir o acesso a suas informações; IX – receber e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por consumidores e entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; X – firmar convênios com órgãos, entidades públicas e instituições privadas para executar planos, programas e fiscalizar o cumprimento de normas e medidas federais; XI – incentivar, inclusive com recursos financeiros e programas especiais, a criação de órgãos públicos

sa do Consumidor (DPDC), a que se refere expressamente o CDC, o qual passa a ser órgão de apoio subordinado à Secretaria Nacional, vinculada à estrutura do Ministério da Justiça.² Entretanto, a atuação administrativa da União não se restringe às competências estabelecidas pelo CDC, estendendo-se à atividade de regulação da atividade econômica – a qual, em virtude da reforma do Estado, implementada a partir da década de 1990, é realizada pelas agências reguladoras,³ além dos órgãos da administração direta vinculados aos respectivos ministérios.⁴ Examine-se, então, de modo breve, as duas espécies atuação administrativa, concentrando-se, entretanto, na atuação dos órgãos administrativos especializados de defesa do consumidor, organizados no SNDC.

estaduais, distrital, e municipais de defesa do consumidor e a formação, pelos cidadãos, de entidades com esse objetivo; XII – celebrar compromissos de ajustamento de conduta; XIII – elaborar e divulgar o elenco complementar de cláusulas contratuais e práticas abusivas nos termos do Código de Defesa do Consumidor; XIV – dirigir, orientar e avaliar ações para capacitação em defesa do consumidor destinadas aos integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor; XV – determinar ações de monitoramento de mercado de consumo, para subsidiar políticas públicas de proteção e defesa do consumidor; XVI – solicitar colaboração de órgãos e entidades de notória especialização técnico-científica, para a consecução de seus objetivos; XVII – acompanhar os processos regulatórios, objetivando a efetiva proteção dos direitos dos consumidores; e XVIII – participar de organismos, fóruns, comissões e comitês nacionais e internacionais que tratem da proteção e defesa do consumidor ou de assuntos de interesse dos consumidores.” O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, por sua vez, previsto no artigo 105 do CDC, foi preservado, porém, como órgão de apoio da Secretaria Nacional do Consumidor.

2. A sucessão do DPDC pela SENACOM deve ser observado, especialmente, como espécie de evolução institucional do tema da proteção do consumidor no âmbito da Administração Federal, dada a posição e representatividade mais relevante de uma secretaria nacional em relação a um departamento na estrutura administrativa do Poder Executivo.
3. O fenômeno da criação de agências reguladoras é surgem a partir da década de 1990, como resultado do processo de reforma do Estado a partir da revisão do modelo advindo do Estado Social, com um enorme arco de atribuições além das tradicionalmente endereçadas à atividade estatal. Isto se observa dos argumentos de um dos artífices desta reforma no Brasil, que ao referir o modelo pretendido, indica a necessidade de superar o que enumera como os três aspectos da crise brasileira: a crise fiscal, a crise quanto ao modo de intervenção do Estado e quanto à forma burocrática desta intervenção. BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Editora 34, 1998. p. 31 et seq.
4. “Administrativo – Auto de infração – Conmetro e Inmetro – Leis 5.966/1973 e 9.933/1999 – Atos normativos referentes à metrologia – Critérios e procedimentos para aplicação de penalidades – Proteção dos consumidores – Teoria da qualidade. 1. Inaplicável a Súmula 126/STJ, porque o acórdão decidiu a querela aplicando as normas infraconstitucionais, reportando-se em *passant* a princípios constitucionais. Somente o fundamento diretamente firmado na Constituição pode ensejar recurso extraordinário. 2. Estão revestidas de legalidade as normas expedidas pelo Conmetro e Inmetro, e suas respectivas infrações, com o objetivo de regulamentar a qualidade industrial e a conformidade de produtos colocados no mercado de consumo, seja porque estão esses órgãos dotados da competência legal atribuída pelas Leis 5.966/1973 e 9.933/1999, seja porque seus atos tratam de interesse público e agregam proteção aos consumidores finais. Precedentes do STJ. 3. Essa sistemática normativa tem como objetivo maior o respeito à dignidade humana e a harmonia dos interesses envolvidos nas relações de consumo, dando aplicabilidade a *ratio* do Código de Defesa do Consumidor e efetividade à chamada Teoria da Qualidade. 4. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito às disposições previstas no artigo 543-C do CPC e na Resolução 8/2008-STJ” (STJ, REsp 1102578/MG, j. 14.10.2009, rel. Min. Eliana Calmon, DJe 29.10.2009).

1.1 AGÊNCIAS REGULADORAS E DEFESA DO CONSUMIDOR

As agências reguladoras brasileiras, criadas no esteio de uma reforma estrutural da Administração Pública – inspirada em modelo de forte influência norte-americana – surgem como resultado de um processo de descentralização administrativa, regulando a prestação de serviços públicos delegados e mesmo setores da atividade privada em que a intervenção do Estado é exigência do interesse público. No caso dos primeiros, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – que estabelece o regime jurídico das concessões e permissões de serviços públicos – determina em seu artigo 30, parágrafo único, que “a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou com entidade por ele conveniada e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta por membro do poder concedente, da concessionária e dos usuários”.

A Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, que institui a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), não estabelece dentre as atribuições deste órgão, a defesa do consumidor.⁵ Nas matérias pertinentes à atividade econômica, a Agência tem a atribuição de dirimir no âmbito administrativo, as divergências entre as concessionárias, permissionárias, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores (artigo 3.º, V).⁶ Também é sua atribuição, a defesa da concorrência (artigo 3.º, VIII e XIX) de modo articulado com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (artigo 3.º, parágrafo único). Já o artigo 4.º, § 3.º, da Lei determina que o processo decisório da agência que implicar afetação dos direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores deverá ser precedido de audiência pública com os interessados.⁷

Acerca dos serviços de telecomunicações, a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997, estabelece em seu artigo 3.º um elenco de direitos dos usuários.⁸ Em relação a estes, o artigo 19, XVIII,

5. Embora, de se dizer, que o artigo 14 do Decreto 2.335/97, que constitui a ANEEL, indica que esta aplicará, “no que couber, o disposto no Código de Proteção e Defesa do Consumidor”.
6. A legislação do setor elétrico utiliza o termo consumidor em sentido extremamente amplo, englobando também o que se pode denominar *grandes consumidores*, agentes econômicos que tem prerrogativa legal para livre contratação do fornecedor de energia, de acordo com a lógica de estímulo à concorrência do mercado. Assim, os artigos 15 e 16 da Lei 9.074/95. Há, neste sentido, um descompasso entre as normas do setor de energia e o CDC, no que se refere à identificação e definição do consumidor a ser protegido.
7. Neste sentido, por exemplo, a Resolução 456, de 29 de novembro de 2000, que estabeleceu “disposições atualizadas e consolidadas, relativas as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica, a serem observadas na prestação e utilização do serviço público de energia elétrica, tanto pelas concessionárias e permissionárias quanto pelos consumidores”. A partir desta, a ANEEL após realização de diversas audiências públicas, divulgou um “contrato de prestação de serviço público de energia elétrica para unidades consumidoras atendidas em baixa tensão” que reconhece direitos específicos aos consumidores do serviço de fornecimento de energia elétrica. Este contrato, contudo, embora fixado a partir de uma resolução, não elide a aplicação do CDC, naquilo que este prever além do contrato-tipo, ou naquilo que eventualmente este contrariar as disposições legais. A lei, evidentemente, prevalece em face do ato administrativo *infralegal*.
8. Assim o artigo 3.º da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações): “O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: I – de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; II – à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço; III – de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço; IV – à informação adequada sobre as condições de prestação dos

estabelece dentre as atribuições da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a de “reprimir infrações aos direitos dos usuários”.

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada pela Lei 9.782 de 26 de janeiro de 1999, possui atribuições estabelecidas pelo artigo 7.º do mencionado diploma, que envolvem matérias de prevenção e controle dos riscos à saúde do consumidor. Para tanto, cabe à Agência regular e fiscalizar uma série de produtos e responder, por exemplo, pelo seu registro (artigo 7.º, IX), expedindo certificados de boas práticas de fabricação (artigo 7.º, X), ou exigindo a certificação de conformidade dos produtos e serviços sob o regime de vigilância sanitária, de acordo com regulação específica e conforme sua classe de risco (artigo 7.º, XI).

Outra Agência que tem atribuição de regulamentar setor afeto aos interesses dos consumidores é a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, e que tem atribuição legal, segundo o artigo 4.º, XI, da mencionada Lei, para estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos dos consumidores assegurados nos artigos 30 e 31 da Lei 9.656, de 1998.⁹ Também cumpre à ANS articular-se com os órgãos de defesa do consumidor, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, de acordo com o disposto na Lei 8.078/90 (artigo 4.º, XXXVI, da Lei 9.961/2000).

serviços, suas tarifas e preços; V – à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas; VI – à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; VII – à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais; VIII – ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço; IX – ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço; X – de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço; XI – de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor; XII – à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos”.

9. Estabelece a Lei 9.656/98, em seus artigos 30 e 31: “Artigo 30. Ao consumidor que contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal; § 1.º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o *caput* será de um terço do tempo de permanência no plano ou seguro, ou sucessor, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses; § 2.º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho; § 3.º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo; § 4.º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho”. E: “Artigo 31. Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumo o pagamento integral do mesmo. § 1.º Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no *caput* é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assumo o pagamento integral do mesmo. § 2.º Cálculos periódicos para ajustes técnicos atuariais das mensalidades dos planos ou seguros coletivos consideram todos os beneficiários neles incluídos, sejam eles ativos ou aposentados. § 3.º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2.º e 4.º do artigo 30”.

Todas as agências reguladoras mencionadas, conforme se procurou demonstrar, incluem dentre suas atribuições, de modo mais ou menos expresso, a consideração dos interesses dos consumidores na regulação da atividade econômica de que se ocupam. Ao mesmo tempo, o próprio CDC é expresso em seu artigo 22, ao incluir no seu âmbito de incidência os serviços públicos cuja prestação caracterize-se como relação de consumo, sejam eles prestados pela própria Administração, sejam prestados mediante regime de concessão e permissão.

1.2 EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR

A moderna concepção do Estado de Direito tem na garantia de direitos dos seus cidadãos o seu fundamento mais precioso. Esta finalidade tipicamente estatal de conceder e garantir direitos, a partir da evolução jurídico-política dos últimos séculos, passou a ser desempenhada em primeiro plano pela Constituição – que sistematiza o reconhecimento destas prerrogativas, assim como disciplina o modo como as demais normas jurídicas as ampliam ou restringem.

É exatamente este fundamento do Estado, de organização da convivência social a partir da restrição a direitos e liberdades em favor de um interesse geral, que lhe outorga a prerrogativa de prescrever limitações a condutas individuais em favor do que hoje se denomina apropriadamente *interesse público*. Esta atuação prática se realiza por *órgãos do Estado*, que na sua atuação concreta em favor do bem-estar individual e o progresso social, denominamos *Administração*.¹⁰ Assim como aos poderes do Estado cumprem tarefas típicas como a de legislar em relação ao Poder Legislativo e a de compor litígios, em relação ao Poder Judiciário, à Administração incumbe a realização de tarefas executivas, de interferência material na vida dos particulares, tendo em vista o interesse público.

Esta prerrogativa de interferência no âmbito da atividade do sujeito privado, então, é que se convencionou denominar *poder de polícia administrativo*, ou simplesmente *poder de polícia*. Neste sentido a definição de Odete Medauar, para quem o “poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites a direitos e liberdades”.¹¹ Acerca deste conceito, naquilo que apresenta como limitação a direitos e liberdades preferimos denominar *conformação* de determinados direitos em face de situações específicas, dado que o conteúdo e extensão do direito são estabelecidos a partir da intervenção estatal.

O mestre alemão Otto Mayer preferiu no início do século uma definição que nos parece mais adequada, exatamente pela abrangência que oportuniza. Definiu o poder de polícia, como sendo “a atividade do Estado que visa defender, pelos meios do poder da autoridade, a boa ordem da coisa pública contra as perturbações que as realidades individuais possam trazer”.¹²

Ao mesmo tempo, constata-se na doutrina especializada uma dificuldade de precisão conceitual, em face da sua utilização reiterada para fenômenos diversos. Celso Antônio Bandeira de Mello identifica, basicamente, dois sentidos para o termo *poder de polícia*. Um amplo, que consistiria na atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos que indicam o universo das medidas do Estado – inclusive as normas legislativas pro-

10. ALESSI, Renato. *Direito Administrativo*. Milão 1949, p. 37. *Apud* Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*...., p. 83.

11. MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, n. 199. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-mar. 1995. p. 89-96.

12. MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, t. II. Buenos Aires: De Palma. 1951. p. 5.

duzidas pelo poder competente. Este é o entendimento no direito norte-americano, no qual o *police power* comporta a regulação legal de direitos privados outorgados pela Constituição.¹³

Em sentido estrito, contudo, se pode identificar o poder de polícia como espécie de *intervenção genérica ou específica do Poder Executivo, destinada a alcançar o mesmo fim de interferir nas atividades de particulares tendo em vista os interesses sociais*.¹⁴ Embora outros autores de prestígio indiquem entendimentos distintos,¹⁵ no que respeita à defesa do consumidor o fundamento do poder de polícia administrativo adota o sentido identificado pelo eminente professor paulista. Afinal, o interesse público a ser realizado revela-se a partir do artigo 5.º, XXXII, da Constituição da República, que ao mesmo tempo estabelece o consumidor como titular de direitos fundamentais,¹⁶ cuja consideração na regulação jurídica da atividade econômica é reafirmada pelo artigo 170, III, da Constituição.¹⁷

Daí porque o poder de polícia administrativo, no que toca à defesa do consumidor, responde pela presença da Administração em situações ou relações jurídicas que ordinariamente seriam de direito privado, mas que a intervenção do ente público transfere obrigatoriamente, à égide do regime jurídico de direito público. Diz, como expressa Alessi, não com a limitação a um direito determinado, mas sim como elemento que auxilia no desenho do próprio perfil deste direito.¹⁸ Não há limitação a direito, mas sua *conformação*, de acordo com os limites que as normas constitucionais, legislativas, e as editadas pela própria Administração, conferem a um direito determinado.

A técnica utilizada pela doutrina de direito administrativo para definição do poder de polícia tem sido a de comparação entre este e a atividade de prestação de serviço público. Enquanto o poder de polícia consistiria basicamente em preceitos de caráter negativo – o que se depreende das próprias expressões “*limitação*” e “*restrição*”, no sentido de tornar menor algo que é originariamente maior – os serviços públicos envolvem a ideia de uma ação positiva da Administração.

A finalidade do poder de polícia administrativo seria, em tese, a de evitar que um mal se produzisse a partir da ação de particulares. Assim, a atuação negativa se daria no sentido de evitar o prejuízo do interesse coletivo.¹⁹ Este entendimento nos leva a observar que seu objetivo, em regra, é obter do particular uma abstenção relativamente a uma determinada situação de fato. De outro modo, em certas situações exigiria do particular uma atuação eminentemente positiva, um fazer, como no exemplo recorrente da doutrina de direito administrativo, de im-

13. BANDEIRA DE MELLO, Celso A. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 559.

14. BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*, p. 559.

15. A partir do conceito de poder de polícia administrativo há quem sustente outras divisões, como Moreira Neto, para quem se poderia destacar a polícia administrativa no sentido que já indicamos, e a polícia de segurança, como a atividade do Estado especificamente voltado para repressão da criminalidade. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Forense: São Paulo, 1976. p. 308.

16. Veja-se a respeito, as reflexões de MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 304 *et seq.*

17. Assim nossas conclusões em: MIRAGEM. O direito do consumidor como direito fundamental..., p. 130 *et seq.*

18. ALESSI, Renato. *Principii di diritto amministrativo*, v. I. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1971. p. 530 *et seq.*

19. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo...*, p. 560.

posição ao proprietário de um prédio em ruínas para que realize reparos para sua adequação às normas sobre construções.

No caso da defesa do consumidor, a imposição de deveres positivos no exercício do poder de polícia é significativa. Como, por exemplo, no caso da Portaria 81, de 23 de janeiro de 2002, editada pelo DPDC/MJ, que estabelece regras para a informação aos consumidores sobre a mudança da quantidade de produto comercializado na embalagem. Ou ainda, o Despacho do Diretor do mesmo órgão federal, de 20 de maio de 1998, que determina na oferta de produtos a afixação de etiquetas com o preço à vista nos bens expostos à venda. O mesmo ocorre com os Estados-Membros, que por intermédio de seus órgãos estaduais ou mesmo do Poder Legislativo,²⁰ disciplina supletivamente a conduta dos fornecedores em vista da proteção do consumidor.²¹

O exercício do poder de polícia, em se tratando da defesa administrativa do consumidor, revela-se pela imposição de deveres positivos, sobretudo de informação ao consumidor. Embora se possa argumentar *a contrario sensu*, de que a ideia de ação positiva seria aparente, uma vez que a verdadeira finalidade permaneceria negativa, no sentido de evitar que as situações pretendidas sejam efetuadas de maneira a não causar dano ao consumidor.²² A nosso ver, trata-se de uma falsa polêmica, afinal, equivale negar a existência de toda atuação positiva, na medida em que o agir estivesse sendo realizado desde um comportamento negativo em relação à consequência ou resultado de não agir, o que é incorreto em termos de lógica jurídica. Na verdade, a predominância do aspecto da ação negativa – ou obtenção de uma inação – deriva basicamente da transformação histórica do poder de polícia e do próprio Estado, de uma realidade política liberal em que a liberdade individual era a regra, e a intervenção sua exceção.²³ A estrutura do Estado social exige sua intervenção na determinação ou estímulo de condutas conforme o interesse público definido.

É melhor observar-se o poder de polícia como a imposição de condicionamentos aos administrados, que ora serão negativos – um *non facere* – ora positivos – um *facere*. Na defesa do consumidor, equivale dizer que a proteção contra a publicidade enganosa, por exemplo, tanto pode se dar pela proibição desta modalidade de publicidade, que deixe de conter as informações constantes do artigo 37, § 1.º, do CDC, quanto o estabelecimento de informações consideradas essenciais que, detalhando o preceito legal, realizem o direito subjetivo à informação do consumidor, o que poderia ser viabilizado através de uma portaria, por exemplo.

A manifestação material deste poder de interferência da Administração pode se dar, a partir do que Bandeira de Mello refere como *atos preventivos, fiscalizadores e repressivos*. Dos primeiros (*preventivos*) seriam exemplo as autorizações e licenças as quais a Administração tem

20. Veja-se: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno; MOESCH, Teresa. Comentários ao Anteprojeto de Lei Geral de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul, da OAB/RS. *Revista de direito do consumidor*, v. 90, p. 399 e ss. São Paulo: RT, nov.-dez./2013.

21. STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.261.824/SP, 2.ª T., j 14.02.2012, rel. Min. Herman Benjamin, *Dje* 09.05.2013.

22. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo...*, p. 562.

23. Sobre a evolução histórica do conceito de poder de polícia, veja-se: MEDAUAR, Odete. Poder de polícia, p. 90. E DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 93. Esta, aliás, é perspicaz ao confrontar os diferentes conceitos de duas épocas. Primeiro o clássico, ligado à concepção liberal do séc. XVIII, que visualizava o poder de polícia como a "atividade estatal que limitava o exercício dos direitos individuais em benefício da segurança". Em seguida o conceito moderno, de "atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público".

a competência de conceder ou não. Os atos *fiscalizadores*, de sua vez, seriam aqueles tais quais inspeções, vistorias e exames realizados pela Administração. E *repressivos*, os atos que importem, por exemplo, a imposição de multa, embargo, intervenção de atividade e apreensões.²⁴

A defesa administrativa do consumidor comporta as três modalidades de expressão do poder de polícia. Desde seu caráter preventivo, como por exemplo, na celebração de compromissos de ajustamento (artigo 6.º do Dec. 2.181/97) ou mesmo nas iniciativas de educação do consumidor (artigo 55, *caput*, do CDC e artigo 3.º, IV do Dec. 2.181/97, *e.g.*), a fiscalização do cumprimento das disposições do Código de Defesa do Consumidor e legislação correlata (artigo 9.º a 11 do Dec. 2.181/97), e a repressão às infrações às normas de proteção ao consumidor (artigo 18 e ss. do Dec. 2.181/97).

A indicação do termo *poder de polícia*, desde há muito tem sido objeto de críticas variadas da doutrina especializada. Odete Medauar, por exemplo, demonstra que o conceito do termo "polícia" tem se modificado ao longo do tempo, desde sua pioneira concepção como faculdade de regular tudo o que se encontrava sob a égide do Estado, exceto as atividades vinculadas à justiça e às finanças.²⁵

A evolução das atribuições estatais a partir das transformações do direito constitucional contemporâneo, reclama do Estado uma série de tarefas antes exercidas pelos particulares. Ou mesmo as que remetidas ao Estado originariamente, em face de transformações da realidade social – Como o caso dos direitos dos consumidores com o surgimento da sociedade do consumo de massas. A consequência imediata destas novas exigências foi uma expansão física e política do Estado²⁶ e o avanço da sua intervenção, sobretudo em relação à atividade econômica, antes exclusiva à ação do particular.²⁷ É o que Eros Roberto Grau chamará, de *estatização da economia*, cuja finalidade – segundo entende – é a de incorporação do sistema capitalista na Constituição, visando à preservação do mesmo.²⁸ No que interessa a este estudo, destaca-se a atividade interventiva do Estado, a fim de promover a livre concorrência e a defesa do consumidor.²⁹

Na doutrina de direito administrativo, então, surgiu a percepção de que se havia criado uma concepção autônoma de poder de polícia, para o que na verdade resume-se à aplicação da lei.³⁰ Entre nós, Carlos Ari Sundfeld criticou o conceito tradicional de poder de polícia sob a perspectiva da mera abstenção do particular, bem como o disfarce em que se procurou investi-

24. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 23.
25. MEDAUAR, Odete. Poder de polícia, p. 91.
26. A expressão é de LIMA, Amílcar Castro de Oliveira. *O poder executivo nos estados contemporâneos. Tendências na experiência mundial*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975. p. 19-20.
27. Conforme demonstra MILIBAND, Ralph. *The state in capitalist society*. New York: Basic Books Publishers, 1969. p. 126 et seq.
28. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 27.
29. A relação entre livre concorrência e a proteção do consumidor é necessária, uma vez que aquela terá seu fundamento último nesta. Neste sentido veja-se o excelente trabalho de GLÓRIA, Daniel Firmato Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 93 et seq.
30. GORDILLO, Augustín A. *Teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1979. p. 534 e ss.

-lo, pela utilização da expressão *limitações administrativas*.³¹ Defende a adoção de um novo conceito, de *administração ordenadora*, concentrada questão de *em que medida e sob que regime pode o Estado interferir na aquisição, exercício e extinção de direitos da vida privada*.³² Define seu conceito, então, como *a parcela da função administrativa desenvolvida com o uso do poder de autoridade, para disciplinar, nos termos e nos fins da lei, os comportamentos dos particulares no campo de atividades que lhes é próprio*.

A atuação da Administração, assim, reforçaria seus laços com o conceito de interesse público, fundamento de intervenção na vida privada, e o reforço do princípio da legalidade. Neste aspecto, a lei é que há de estabelecer o conteúdo do poder de polícia administrativa e da sua interferência na autonomia individual.

Os órgãos administrativos de defesa do consumidor têm sua sede legal nos artigos 55 e 106 do CDC, que especificamente lhes indicam atribuições e o exato conteúdo do poder que deverão exercer na ordenação do mercado, sob o viés da proteção do consumidor. Estabelecem, de um lado o poder normativo (*preventivo*) da Administração Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal para regular a produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços (artigo 55, *caput*). De outro, concede a todos os entes federados – incluindo os municípios – o poder de fiscalização e controle (*fiscalizador e repressivo*)³³ da produção, industrialização, distribuição e publicidade de produtos ou serviços e o mercado de consumo. Para tanto, detalha os interesses que devem presidir a atuação administrativa (o interesse público promovido), qual seja, a preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem estar dos consumidores (artigo 55, § 1.º).

O artigo 55, *caput*, do CDC estabelece a competência da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre normas de consumo, reiterando a competência concorrente prevista na Constituição da República (artigo 24, I e VIII). De outra parte, o § 1.º da mesma disposição reconhece a todos os entes federados a competência para fiscalização e controle do fornecimento de bens e serviços, para o que é poderão editar normas para o melhor cumprimento destas atribuições. Segundo observa Zelmo Denari, neste aspecto a lei está a referir, tanto normas ordinárias de consumo, quanto normas regulamentares de fiscalização e controle.

Note-se que o exercício da competência fiscalizatória compreende o poder de requisitar informações dos fornecedores sobre sua conduta negocial, dados econômico-financeiros, e qualquer outra informação que subsidie a ação dos órgãos de defesa do consumidor. Eventual desatendimento de requisição regularmente feita implica caracterização de desobediência,³⁴ nos termos do artigo 55, § 4.º, do CDC: “§ 4.º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de

31. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 13.

32. *Idem*, p. 18.

33. Embora se observe na atividade de fiscalização também um caráter educativo, como no caso da organização e divulgação anual dos cadastros de reclamações fundamentadas pelos órgãos de defesa do consumidor, com a finalidade de defesa e orientação destes, conforme os artigos 44 do CDC e 57 et seq. do Dec. 2.181/97.

34. MIRAGEM, Bruno. In: MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. Ed., p. 1115 et seq. No mesmo sentido: AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 68, p. 38 et seq. São Paulo: RT, outubro/2008.

interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial." Neste sentido, é uniforme o entendimento de que além de eventual imputação penal, ficará sujeito às demais sanções administrativas, inclusive à sanção de multa.³⁵

Outra manifestação do poder de polícia é o *poder regulamentar da Administração*. Este, segundo Celso Bandeira de Mello, não se restringe ao esclarecimento ou interpretação da lei. Acentua de modo crítico, que o poder Executivo não é um pedagogo, para alcançar além do que desejou o legislador. Assim, assevera que aos regulamentos cumpre a disciplina mais específica de situações que a lei não tratou em pormenor pelo fato de serem irrelevantes para a configuração dos direitos e obrigações nela formados.³⁶

O poder regulamentar é exercido nos limites da lei a que se refere, influenciando a discricionariedade administrativa na produção deste regulamento. No caso da defesa do consumidor, a Administração exerce seu poder estabelecendo padrões e procedimentos a serem observados na realização das suas finalidades.³⁷ Neste sentido, por exemplo, o Decreto 2.181/97, que espe-

35. "Direito do Consumidor. Descumprimento do dever de prestar informações. Aplicação de multa pelo PROCON. Decreto 2.181/1997. 1. Dispõe o artigo 55, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que 'Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial'. 2. Assim, a recusa do fornecedor em prestar informações pode ensejar o crime de desobediência, além de sujeitá-lo às demais sanções administrativas previstas no próprio artigo 55, sistemática seguida pelo artigo 33, § 2.º, do Decreto 2.181/1997. 3. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.120.310/RN, 2.ª T., j. 24.08.2010, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 14.09.2010).
36. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: RT, 1981, p. 91.
37. "Processual civil. Administrativo. Controvérsia à luz de interpretação constitucional. Competência do Colendo Supremo Tribunal Federal. Falta de prequestionamento. Código de Defesa do Consumidor. Artigo 57. Ato normativo regulador. Súmula 7/STJ. Razoabilidade. Reexame do contexto fático-probatório. 1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF e a competência traçada para este Egrégio STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. 2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal a quo à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, nos seguintes termos: 'Cumpre primeiro, registrar que atos de natureza política não podem ser delegados, tampouco o exercício do poder regulamentar poderia sê-lo. A atribuição é privativa do chefe do poder executivo, nos termos do artigo 84, IV, CF e artigo 34, IV, CE, como bem acentuou a empresa apelante. Assim, refoge ao Senhor Governador o poder de delegar atribuição genérica para regulamentar, mesmo a secretário de Estado, o que não o impede de consignar em decreto regulamentar de uma lei, que o Secretário especificará mais providências administrativas por ordem de serviço ou resolução. Nesta linha, o Ato Normativo n. 001/02 expedido pela Superintendência de Proteção aos Direitos do Consumidor do Estado de Goiás tem a força de um parecer ou despacho normativo, pois tem o escopo de padronizar posturas administrativas, evitando recursos internos, vez que previne decisões conflitantes exauridas pelo referido órgão' (fls. 227). 3. Os critérios de aferimento dos prejuízos decorrentes da atuação da empresa, bem como a adequação do valor da multa imposta com fundamento no Ato Normativo n. 001/02, expedido pelo órgão de defesa do consumidor, resta obstada nesta instância especial porquanto calçado no Princípio da Hierarquia das normas e no Princípio da Legalidade, com manifesta essência constitucional. 4. In casu, assentou o Tribunal a quo, verbis: 'Os atos normativos típicos expedidos para regulamentar ou explicitar lei, sem inovar o direito, estão adstritos ao juízo de legalidade, assim como os demais atos administrativos, e é sobre este enfoque que a matéria rende apreciação. Sobreleva averiguar se o ato administrativo em questão extrapolou o comando legal consumerista (artigo 57), que leva em conta para a fixação da

cifica a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, e estabelece normas gerais para a aplicação das sanções administrativas. Em grau inferior situam-se as portarias, espécies de atos administrativos ordinatórios internos, cujas determinações vinculam apenas os que estão sujeitos ao poder hierárquico da Administração, e instrumento típico da atuação, por exemplo, da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (SENACON), que coordena o SNDC (artigo 3.º do Decreto 2.181/1997, com a redação determinada pelo artigo 7.º, do Decreto 7.738/2012).

Como exemplo do exercício do poder regulamentar da administração federal, então, temos a já mencionada Portaria 81, de 27 de janeiro de 2002, que estabelece regras para a informação aos consumidores sobre mudança da quantidade de produto comercializado na embalagem, ambas do Ministro da Justiça. Tais normas definem certo entendimento do órgão administrativo quanto ao conteúdo das disposições legais – as especializam mas não obrigam, por si, a particulares. Podem inclusive inspirar decisões de outros poderes, mas não vinculam, pois não detém a Administração e seus órgãos competência normativa primária. No caso, a competência é regulamentar, e decorre da lei, no caso, do CDC.

Também são bastante conhecidas as Portarias da SDE/MJ que, anualmente, divulgam elenco de cláusulas abusivas, em face da enumeração não exaustiva do artigo 51 do CDC. Tais portarias têm seu fundamento no artigo 56 do Decreto 2.181/97, e objetivam a orientação dos órgãos do SNDC. Neste sentido, não inovam ou agregam disposições ao CDC, tendo apenas a finalidade de divulgar o entendimento do órgão administrativo sobre a abusividade de determinadas cláusulas dos contratos de consumo. Na prática observa-se que têm consolidado o entendimento originário da atuação prática dos órgãos administrativos de defesa do consumidor, configurando uma tentativa de sua sistematização. O exame de eventual abusividade de cláusula, a ser considerada pelo SNDC é atribuição, agora, da Secretaria Nacional do Consumidor, *de ofício*, ou mediante provocação dos legitimados pelo artigo 82 do CDC para a defesa coletiva dos direitos dos consumidores (artigo 56, § 3.º, do Dec. 2.181/97).

Tais normas fixam o entendimento dos órgãos administrativos, servem de inspiração à jurisprudência, porém, não vinculam os particulares, porquanto não tenham o órgão que as produziu competência normativa primária. Pode fixar, todavia, certa interpretação de norma legal (do CDC, por exemplo), fixar-lhe sentido e abrangência, como é próprio da norma regulamentar.

1.3 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE *RECALL*

O *recall* (chamar de volta, “rechamar”), é anglicismo que se traduz em expressão consagrada no direito brasileiro, e consiste em procedimento pelo qual o fornecedor, constatando

pena de multa os seguintes critérios: a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor” (fls. 228). 5. O prequestionamento é indispensável, por isso que a sua falta torna inadmissível o recurso especial nos termos da Súmula n. 282/STF; *verbis*: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada na decisão recorrida, a questão federal suscitada” (Súmula 282/STF). 6. *In casu*, o Tribunal de origem dirimiu a controvérsia nos termos do artigo 3.º do CDC, inatacado pela ora recorrente, razão pela qual incide, *in casu*, o verbete sumular 283/STF 7. *Ad argumentandum tantum*, o ato administrativo de caráter normativo emanado do PROCON, subordinou-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, *in casu*, o artigo 57 do Código de Defesa do Consumidor, complementando-o para dar-lhe efetivo cumprimento, ao prever as regras de condutas a serem observadas na esfera administrativa. 8. Recurso especial não conhecido” (STJ, 1.ª T., REsp 926.518/GO, rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.2008, DJe 02.03.2009).

que colocou no mercado produto ou serviço defeituoso, promove a informação ao público quanto a este fato, e adota as providências necessárias para corrigir o defeito ou retirar o produto do mercado, visando assegurar a incolumidade psicofísica e patrimonial dos consumidores.

Seu fundamento legal é o artigo 10 do CDC. Estabelece a norma que: “o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”. O § 1.º deste artigo, por sua vez, estabelece que “o fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.” Já o § 2.º define que os anúncios publicitários em questão, veiculados na imprensa, rádio e televisão, têm seu custo às expensas do fornecedor. Da mesma forma, é estabelecido dever do Estado, sempre que tiver conhecimento de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, de informá-los sobre isso.

O *recall* não se constitui necessariamente em um procedimento administrativo. Como regra, a partir do momento em que o CDC fez referência ao dever de informação às “autoridades competentes”, assim como impõe à União, Estados, Distrito Federal e Municípios o dever de comunicar ao público a periculosidade de produtos ou serviços de que tenham conhecimento, induziu-se a prever um procedimento administrativo para organizar as providências necessárias. Nada obsta, contudo, que decorra de determinação judicial (e.g. como resultado de ação para cumprimento específico de obrigação de fazer).

Da mesma forma, note-se que embora se tenha o *recall*, a partir do que dispõe o artigo 10 do CDC, como procedimento que se consubstancia em um dever de informar pós-contratual do consumidor, acerca de produtos e serviços colocados no mercado, a própria regulamentação da lei expande seu significado, fazendo abranger igualmente providências de correção do defeito e/ou retirada do produto do mercado. Isso porque, note-se, a providência do *recall* decorre da circunstância de já haver ocorrido a violação do dever originário pelo fornecedor, que é de introduzir no mercado produtos e serviços com a segurança que legitimamente deles se espera (ou seja, que deem causa apenas a riscos razoáveis e previsíveis, nos termos do artigo 8.º do CDC).³⁸ Neste sentido, o *recall* visa à prevenção de danos, por intermédio de providências materiais que o evitem, ou porque corrigem o defeito e extinguem o perigo, ou porque recolhem/retiram o produto do mercado. Intuitivo, portanto, que a simples realização do *recall* não afasta ou mitiga a responsabilidade do fornecedor pelos danos que podem decorrer do produto ou serviço defeituoso, afinal, este já deu causa à violação do dever originário, quando ofertou o que não poderia/deveria ofertar. Em relação ao consumidor que não tenha aderido ao *recall* promovido pelo fornecedor, há quem defenda que, havendo dano causado pelo defeito não corrigido, por negligência do consumidor, possa se cogitar da exclusão da responsabilidade do fornecedor, ou ao menos sua redução em face de concorrência de condutas (ou de culpa,³⁹ como de modo menos técnico, porém consagrado, prefere nossa legislação civil – artigo 945 do CC/2002).

38. De destacar, contudo, que a mera convocação de *recall* não da causa per se, a dano moral do consumidor, conforme já decidiu o STJ, no AgRg no Ag 675.453/PR, 4.ª T., j. 14.02.2006, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 13.03.2006.

39. GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor. Código comentado e jurisprudência*. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 110.

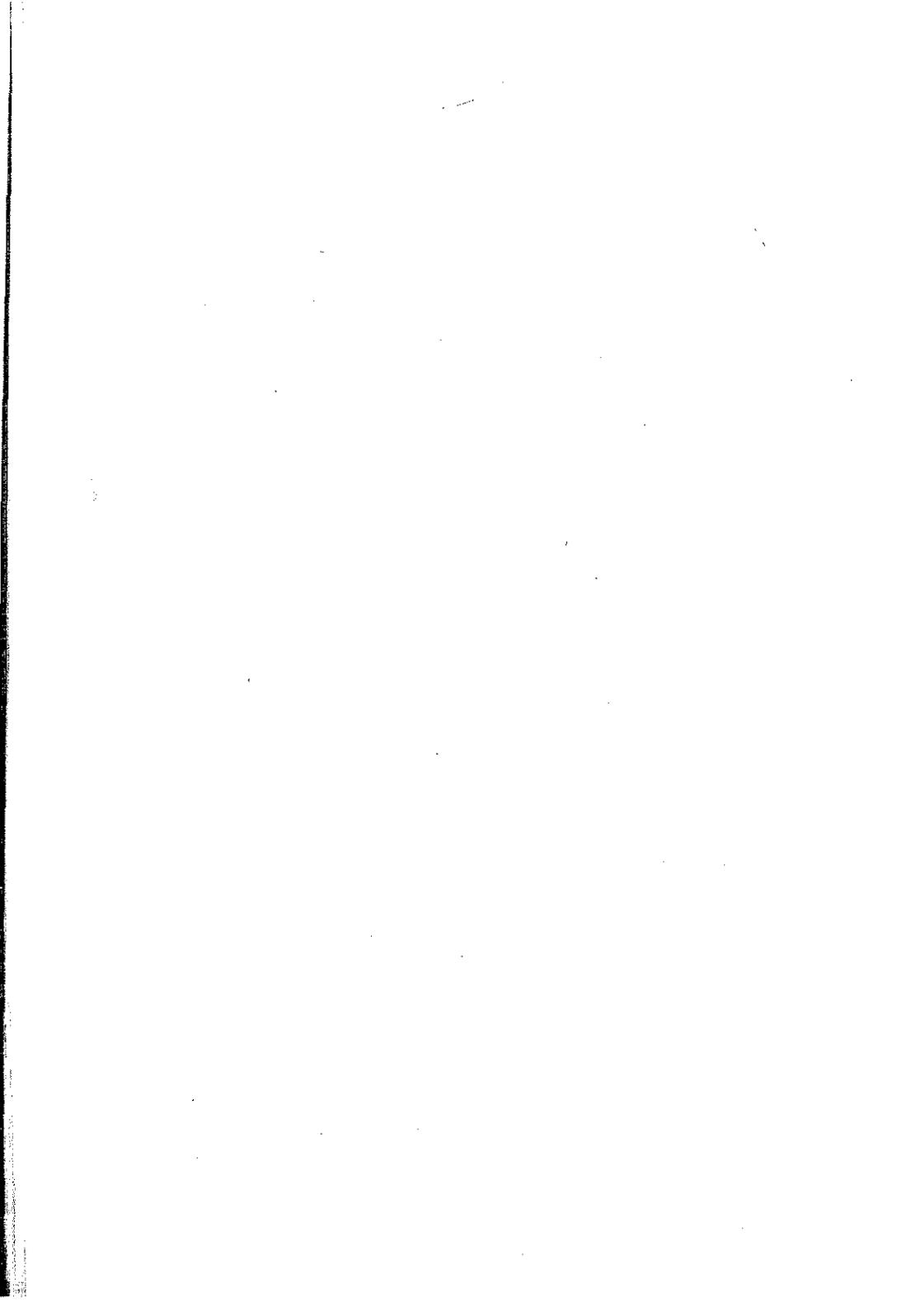
Não parece a melhor solução. O dever originário de oferecer segurança é do fornecedor. Ele o viola introduzindo no mercado produtos defeituosos.⁴⁰ Por outro lado, o não atendimento ao *recall* não autoriza presunção de dolo ou culpa do consumidor. Se houver prova de negligência ou imprudência do consumidor pela não adesão ao *recall*, a discussão se desloca. Aí será questão de se determinar em que medida a omissão contribuiu com o dano, é sua causa determinante. Porém, jamais para excluir o dever de indenizar do fornecedor.

Outra coisa é se o dano decorrente do produto defeituoso for causado a terceiro (*bystander*). Neste caso, a responsabilidade do fornecedor é certa. Diga-se mais uma vez: colocou o produto ou serviço defeituoso no mercado e com isso violou dever originário de segurança. Pergunta-se, então: poderá o consumidor que não realizou o *recall* que lhe tenha sido oportunizado, ter contribuído com o dano (concorrência de causas)? Daí decorreria solidariedade? A princípio, recorde-se que o CDC impõe deveres ao fornecedor, e segundo seu regime, é ele que responde pelos danos causados aos consumidores e aqueles que se submetem ao mesmo regime por equiparação. E há presunção absoluta de vulnerabilidade do consumidor, de modo que não se pode pretender que conheça ou se presumir sua capacidade de realizar o *recall* e eventual omissão. Não se elide, contudo, que segundo o Código Civil, se possa identificar eventuais consequências decorrentes de seu comportamento, mas não no CDC.

O *recall* era originalmente disciplinado pela Portaria 789, de 27 de agosto de 2001, do DPDC/MJ (ora SENACON), que regulamentava a comunicação do *recall* no âmbito federal. Atualmente, tem sua disciplina fixada pela Portaria 487, de 15 de março de 2012, do mesmo órgão. Por esta norma, fica regulamentado o modo de atendimento pelo fornecedor, de notificar o Ministério da Justiça, ora por intermédio da Secretaria Nacional do Consumidor, especialmente quanto ao conteúdo das informações a serem imediatamente fornecidas, para que permitam a identificação dos produtos e serviços defeituosos, eventuais acidentes já ocorridos em razão dele e sua repercussão futura (artigo 2.º). Por outro lado, se exige, igualmente que o fornecedor desde logo apresente, já com a notificação, um plano de mídia para comunicação dos consumidores (artigo 3.º), um plano de atendimento aos consumidores (artigo 4.º) e um modelo de aviso de risco ao consumidor (artigo 5.º), de modo que as providências, desde a notificação, para logo possam ser implementadas.

Da mesma forma, obriga-se o fornecedor a realizar relatórios periódicos quanto ao atendimento ao *recall* pelos consumidores (com intervalo máximo de sessenta dias), informando “a quantidade de produtos ou serviços efetivamente recolhidos ou reparados, inclusive os em estoque, e sua distribuição pelas respectivas unidades federativas”. (artigo 7.º, I), e um relatório final dando conta de quanto foram os consumidores atendidos e qual sua representação percentual em relação ao universo de consumidores atingidos (artigo 7.º, II). Destaque-se, do mesmo modo, que a norma regulamentar em questão (artigo 9.º) explicita dever legal do fornecedor, que é o de promover o conserto do defeito ou recolhimento do produto, quando solicitado pelo consumidor, de modo gratuito, a qualquer tempo, mesmo após encerrada a campanha especificamente promovida para este fim.

40. Neste sentido, decidiu o STJ: “Civil. consumidor. Reparação de danos. Responsabilidade. *Recall*. Não comparecimento do comprador. Responsabilidade do fabricante. A circunstância de o adquirente não levar o veículo para conserto, em atenção a *recall*, não isenta o fabricante da obrigação de indenizar. (STJ, REsp 1010392/RJ, 3. T., j. 24.03.2008, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe 13.05.2008).



O SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2

SUMÁRIO: 2.1 Composição – 2.2 Competência – 2.3 Competência concorrente dos órgãos do SNDC.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor reúne o conjunto dos órgãos administrativos ocupados da proteção do consumidor, conforme indicado no CDC. O SNDC, que articula a atuação dos órgãos administrativos de todos os entes federados, é coordenado pela União, através da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACON - (artigo 3.º do Decreto 2.181/1997, com a redação determinada pelo artigo 7.º do Decreto 7.738/2012). Esta vinculação, aliás, foi objeto de debate na doutrina, no que se refere à subordinação dos órgãos estaduais e do Distrito Federal à coordenação superior de órgão vinculado à Administração Pública da União. Segundo relata Luiz Amaral, dois entendimentos existem para a questão. O primeiro, de que este dispositivo seria inconstitucional, uma vez que representaria a interferência indevida da União nos Estados e Municípios. Em sentido diverso, os que defendem a constitucionalidade do artigo da lei, observando que a Constituição, ao prever que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor (artigo 5.º, XXXII), faz referência ao Estado em sentido amplo, isto é, abrangendo União, Estados-membros e Municípios. Assim, incumbiria à União a coordenação e harmonização do sistema, o que se faria necessário para evitar modos diversos de atuação administrativa, causados, eventualmente, em virtude dos diferentes modos de agir dos inúmeros órgãos.

A expressão legal adotada pelo artigo 106 do CDC é “*coordenação*”, o que por si não há de significar necessária vinculação. Refere, pois, um conteúdo de orientação, que há de servir para a razoável uniformização dos procedimentos adotados em nível nacional. Corrobora este entendimento o fato de ter se observado, quando da edição do Decreto 861/93, um sensível mal-estar da doutrina especializada no tocante a distribuição de competências, uma vez que conferia aos Estados e Municípios apenas a função de fiscalização das normas e sanções administrativas estabelecidas pela União.¹

O Decreto 2.181/97, que veio a revogá-lo, estabeleceu ao órgão federal de coordenação do sistema – ora a SENACOM, em seu artigo 3.º, uma série de atribuições de caráter (a) *político-institucional* (incisos I e IV); (b) *consultivo* (incisos II e III); e *fiscalizador* (incisos V a XIII). Em

1. Neste sentido DENARI, Zelmo. *O código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...*, 6. ed., p. 557.

relação ao último, a atribuição de fiscalização envolve o exercício do poder de polícia administrativo em inúmeras hipóteses, o que leva autores como Daniel Fink, a criticar a ênfase indicada às atribuições de fiscalização.²

O exame que fazemos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, divide-se em dois aspectos: 1) Sobre as atribuições legais do sistema; 2) Sobre o exercício do poder de polícia pelos órgãos administrativos de defesa do consumidor.

2.1 COMPOSIÇÃO

A existência de órgãos administrativos de proteção do consumidor é identificada desde há muito tempo, em diversos países do mundo. Nos Estados Unidos,³ em 1914, foi constituída a *Federal Trade Commission* e, mais recentemente, o *Office of Consumer Affairs*. Uma lei federal de 1972 delegou ainda ao órgão governmental *Consumer Product Safety Commission*, a edição de normas de segurança para produtos destinados ao consumo popular. No âmbito europeu, a França caracteriza-se pela expressiva atuação de entidades privadas de defesa do consumidor, como a *Union Fédérale de la Consommation* e o *Institut National de la Consommation*.⁴ Na Inglaterra o *Director General of Fair Trading*, criado pelo *Fair Trading Act*, de 1973.⁵ Em relação a outros países como Portugal e Espanha, disposições constitucionais específicas determinam ao Poder Público, prioritariamente, o dever de proteção ao consumidor.⁶

2. FINK, Daniel. *O código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto...*, 6. ed., p. 841. O autor critica fortemente o que denomina de “ênfase quase patológica no exercício das atribuições de fiscalização”.
3. Um interessante panorama sobre a natureza da atividade de regulação administrativa nos Estados Unidos em: LANDIS, James. *The administrative process*. New Heaven: Yale University Press, 1938. em especial, p. 21 et seq.
4. CAIO TÁCITO. *Direito do consumidor. O direito na década de 1990: novos aspectos – Estudos em homenagem ao Prof. Arnoldo Wald*. São Paulo: RT, 1992. p. 15.
5. Assim LOWE, R. e WOODROFFE, G.F. *Consumer Law and Practice*. London: Sweet and Maxwell, 1991. p. 267.
6. Nos países da Europa, conforme demonstra Stiglitz, é comum a atividade de associações de consumidores, que em geral são subvencionadas pelo Estado. Na Alemanha, por exemplo, convivem a Associação dos Consumidores em nível nacional e as centrais de consumidores regionalmente. Existe, ainda, o Instituto do Consumidor, órgão estatal de informação aos consumidores, com sede em Bonn. Na Bélgica atua, em nível privado, a Associação dos Consumidores, criada em 1957, e a União Feminina para Informação e Defesa do Consumidor, de 1959. Na Holanda, a Associação dos Consumidores (1954) bem como a Fundação para Contato com os Consumidores, a Fundação para Reclamações dos Consumidores (com finalidade de arbitragem) e a Fundação para Investigação Científica dos Assuntos dos Consumidores. Dentre os poderes públicos destacam-se o Comitê para Assuntos do Consumidor (de caráter consultivo) e o Comitê Interministerial para Proteção dos Consumidores (1974), que tem a função de coordenar a atividade governamental em diversos campos de interesse das relações de consumo. Na França três são as principais organizações privadas que atuam em nível nacional: a União Federal de Consumidores (1951); a Organização Geral dos Consumidores (1959); e a Associação Força dos Trabalhadores Consumidores (1974). Ainda existem organizações regionais de relevo como a da Alsácia, do Loire e de Languedoc-Rousillón. No âmbito administrativo atua o afamado Instituto Nacional do Consumo e, a partir de 1976, o Secretariado de Estado em Matéria de Consumo. Na Grã-Bretanha, em âmbito privado, salientam-se a Associação de Consumidores (1957), que atua em nível nacional, e a Federação Nacional de Agru-

O espírito do Código é o de integração da atuação dos diversos órgãos públicos e entidades privadas na atividade de promoção da defesa do consumidor. E isso é percebido desde logo pelos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, expressos no artigo 4.º, que relaciona, entre outros, a ação governamental no sentido de da efetiva proteção do consumidor, seja por iniciativa direta, incentivo à criação e desenvolvimento de associações representativas, assim como pela presença do Estado nas atividades de regulação e fiscalização do mercado de consumo.⁷ Para tanto, sem prejuízo de outras iniciativas, o artigo 5.º do Código determina a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente, a instituição

pamentos de Consumidores (1963), que atua na coordenação das diversas organizações locais. Ainda, o Instituto Nacional de Investigação sobre Assuntos do Consumidor, o Conselho Nacional para Proteção do Consumidor, e os conselhos de consumidores dos setores nacionais (com divisões nos ramos de electricidade e transporte). No âmbito administrativo há a o Secretariado de Estado para Preços e Proteção do Consumidor e o Conselho Nacional do Consumo, funcionando este último como entidade independente. Na Suíça identifica-se um dos mais intensos movimentos de associação de consumidores Em nível nacional, a Comunidade de Ação de Assalariados e Consumidores (1966), o Grupo de Estudos para Questões do Consumidor (1962) e a Federação dos Consumidores (com sede em Berna). Ainda, o Instituto da Economia Doméstica e o Fundo de Promoção para Informação dos Consumidores. Em nível regional, merecem destaque três organizações dirigidas às mulheres: o Fórum de Consumidoras da Suíça alemã, a Federação "Romanade" de Consumidoras e a Associação de Consumidoras da Suíça italiana. Na esfera administrativa destacam-se a Comissão Federal de Consumo (de caráter consultivo), e seus departamentos, nos quais estão integrados os diversos sujeitos da relação de consumo bem como especialistas. Esta comissão é secretariada pelo Escritório Federal de Consumo, que atua como intermediário da Administração e organizações de consumidores. Na Espanha há, em nível privado, a Organização de Consumidores e Usuários, a Federação de Consumidores e a Associação Geral de Consumidores e Usuários. Em nível administrativo salientam-se o Escritório de Informação ao Consumo (1968), que após o advento da Constituição de 1978 passou a atuar no âmbito do Ministério do Consumo, através dos seguintes órgãos: o Instituto Nacional do Consumo, as Direções Gerais de Inspeção do Consumo em nível regional e os Escritórios de Informação ao Consumidor em nível municipal. Na Finlândia há a Organização dos Consumidores (1965), na Noruega (1953) e na Dinamarca (1947), há o Conselho de Consumo. Na Dinamarca ainda, em âmbito administrativo há o Conselho de Economia Doméstica, e na Noruega o Instituto para Investigação dos Direitos do Consumidor. Na Suécia salienta-se a Agência Nacional de Consumo. Além destes todos existem entidades e órgãos de defesa do consumidor no âmbito público e privado em diversos outros países europeus, como Áustria, Irlanda, Luxemburgo e Itália. Conforme: STIGLITZ, Gabriel. *Protección Jurídica del Consumidor*, p. 54 et seq.

7. Assim decidiu o STJ, assinalando a compatibilidade das competências específicas do órgão administrativo e as finalidades de proteção do consumidor estabelecidas no CDC: "*Processual civil e administrativo. Recurso especial. Não recepção pela CF/88 dos artigos 3.º e 9.º da Lei 5.966/73. Matéria de índole constitucional. Violação aos artigos 3.º, alíneas d, e e f, 5.º e 9.º da Lei 5.966/73. Inexistência. Resolução do Conmetro e portaria do Inmetro. Fundamento na Lei 5.966/73 e no CDC. Recurso parcialmente conhecido e desprovido. 1. É inadequada a via do especial para a apreciação de suposta não recepção de dispositivos legais pela Constituição Federal de 1988, pois tal resultaria em usurpação da competência do Pretório Excelso. 2. Não há ilegalidade na Resolução 11/88 do Conmetro e na Resolução 74/95 do Inmetro, por se tratarem de atos que estabelecem normas e critérios para efetivar a política nacional de metrologia, nos termos da Lei 5.966/73. 3. Ademais, Código de Defesa do Consumidor veda a introdução no mercado de consumo de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes (artigo 39, VIII). 4. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido" (STJ, REsp 416.211, j. 04.05.2004, rel. Min. Denise Arruda, RT 827/206).*

de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, a criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores, e a concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.

O artigo 105 determina que integram o SNDC tanto órgãos públicos, quanto entidades privadas na defesa dos consumidores. Inicialmente tivemos entendimento mais restrito sobre quais órgãos integram o sistema.⁸ Atualmente, contudo, parece-nos fora de dúvida que todos os órgãos que se vinculem de modo direto ou indireto à defesa do consumidor, são naturalmente integrantes do SNDC. Esta atuação, no caso dos órgãos públicos vinculados à Administração, em geral é manifestado nas atribuições do órgão, que podem ser tanto a formulação de políticas públicas de proteção do consumidor, quanto à regulação e fiscalização do mercado de consumo e dos setores econômicos que o compõe.

Assim, em primeiro plano, integram o SNDC os órgãos públicos diretamente envolvidos na defesa do consumidor, que em nível estadual e municipal geralmente são identificados pela sigla PROCON. A rigor, integram o SNDC os órgãos que tenham por finalidade específica a defesa do consumidor, mas nada impede que assim se considerem aqueles que tenham dentre suas várias atribuições, a proteção do consumidor. Neste sentido refira-se que embora tenham inclusive capacidade postulatória e legitimação ativa para interposição de ações coletivas, por força do artigo 82, do CDC, poderão ou não ter personalidade jurídica própria, e com isso legitimidade passiva para ações que tenham por objeto questionar sua atuação.⁹

Assim, por exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a quem a Lei 12.529/2011, que institui o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, atribui competência para reprimir as condutas caracterizadas como abuso do poder econômico, inclusive com a criação de um Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (artigo 5.º, inciso I). Isto porque, em que pese sua atividade específica relacione-se com a defesa da ordem econômica, esta é seguramente indissociável da defesa do consumidor. A própria Lei 12.529/2011, a exemplo do que já fazia a lei anterior de defesa da concorrência (Lei 8.884/94), em seu artigo 1.º: “Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucio-

8. MIRAGEM, Bruno. *A defesa administrativa do consumidor no Brasil. Alguns aspectos*, p. 111.

9. “Processual Civil e Administrativo. Ação declaratória de nulidade de decisão administrativa. Aplicação de multa. Ilegitimidade passiva *ad causam* do PROCON. Falta de personalidade jurídica. Interpretação dos artigos 5.º, inciso XXXII, da CF/1988 e 81 e 82 do CDC. Nulidade do julgado. Inocorrência. 1. O Tribunal *a quo* julgou satisfatoriamente a lide, pronunciando-se sobre o tema proposto, tecendo considerações acerca da demanda, tendo apreciado a questão acerca da legitimidade passiva da recorrida, ainda que não tenha expressamente dissecado acerca dos artigos apontados pela recorrente. 2. Não há que se falar, ainda, em obscuridade do acórdão vergastado, pois esse expressou de forma transparente que a recorrida teria legitimidade ativa *ad causam*, com base nos artigos 81 e 82 do CDC, sendo que lhe falta a legitimação passiva em razão da falta de personalidade jurídica, inexistindo, portanto, contradição. 3. De acordo com os artigos 81 e 82 do CDC, os PROCONs possuem legitimidade ativa *ad causam* para a defesa dos interesses dos consumidores. Precedente: REsp 200.827/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 09.12.2002. 4. No entanto, pela interpretação dos referidos artigos do Código Consumerista e do artigo 5.º, inciso XXXII, da CF/1988, bem como de acordo com a doutrina pátria, ainda que tenham capacidade postulatória ativa, os PROCONs não podem figurar no polo passivo das lides, eis que desprovidos de personalidade jurídica própria, mormente não extensível à legitimação passiva a regra prevista na Lei 8.078/90. 5. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.194.767/SP, 2.ª T., j. 14.12.2010, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 08.02.2011).

nais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, *defesa dos consumidores* e repressão ao abuso do poder econômico". Ao mesmo tempo, contempla o interesse do consumidor como critério de atuação dos diferentes órgãos do sistema (artigo 19, I; artigo 45, V; artigo 88, § 6.º, inciso II). E dentre as sanções que prevê, está a própria inscrição do infrator que cause lesão à ordem econômica, no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (artigo 38, III).

Da mesma forma, contempla o artigo 105, do CDC, como integrantes do SNDC, as entidades privadas de defesa do consumidor, como as associações de defesa do consumidor, movimentos de donas de casa, dentre outras que indiquem em seus atos constitutivos esta finalidade.

2.2 COMPETÊNCIA

Diversas as legislações que contêm a previsão de um sistema nacional, sob a égide da Administração Pública, coordenando a política de defesa e proteção ao consumidor. Dentre estes podemos destacar o México, Portugal, Venezuela, França, Espanha, entre outros. Os órgãos encarregados da proteção do consumidor possuem, em geral, atribuições normativas e de fiscalização dos seus próprios comandos, de acordo com o princípio da autoexecutoriedade (*self-executing*) característico do direito administrativo.¹⁰

No sistema do CDC brasileiro, a competência do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) está regulada pelo artigo 106, bem como o Decreto 2.181/97. Dispõe o diploma legal, sobre a competência do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, ora sucedido pela Secretaria Nacional do Consumidor – SENACOM – enquanto organismo de coordenação do SNDC de: "(...) I – planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor; II – receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; III – prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias; IV – informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação; V – solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra consumidores, nos termos da legislação vigente; VI – representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições; VII – levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos ou individuais dos consumidores; VIII – solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços; IX – incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais; X – desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades". Os incisos X, XI e XII da lei foram vetados.

O exercício das competências de fiscalização do mercado, ademais fixada igualmente no art. 55 do CDC, tem por consectário lógico admitir que os órgãos administrativos integrantes do SNDC conheçam da atividade desenvolvida pelos fornecedores, de sua estrutura e modo de atuação, assim como da natureza e conteúdo de sua relação com os consumidores. Assim, por

10. Sobre este princípio jurídico-administrativo: Medauar, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: RT, p. 159.

exemplo, poderão fixar seu juízo na interpretação do conteúdo dos contratos de consumo celebrados, identificando eventuais abusividades.¹¹

Acerca das atribuições legais do sistema, Luiz Amaral nota em um dos primeiros estudos sobre o tema, que, gradativamente, o exercício da atividade de informação e conscientização do consumidor pelo Estado, sobre seus direitos e garantias, fará com que a própria estrutura estatal reduza sua intervenção, sendo substituída pela atuação direta dos consumidores na defesa de seus próprios interesses.¹² De outro modo, no que refere à atribuição do órgão administrativo de representação ao Ministério Público para que este adote as medidas processuais cabíveis, esta tem se revelado eficiente instrumento de defesa dos direitos do consumidor, através da articulação entre as vias administrativa e judicial. Assim por exemplo, é o caso das convenções coletivas de consumo previstas no artigo 107 do CDC: “As entidades civis de consumidores e

11. “Administrativo. Consumidor. Procedimento administrativo. Plano “Net Virtua”. Cláusulas abusivas. Transferência dos riscos da atividade ao consumidor. Procon. Atividade administrativa de ordenação. Autorização para aplicação de sanções violadoras do CDC. Controle de legalidade e interpretação de cláusulas contratuais. Atividade não exclusiva do judiciário. Fundamentação sucinta. Possibilidade. Divergência incognoscível. Súmula 83/STJ. Redução da proporcionalidade da multa administrativa. Súmula 7/STJ. 1. O Código de Defesa do Consumidor é zeloso quanto à preservação do equilíbrio contratual, da equidade contratual e, enfim, da justiça contratual, os quais não coexistem ante a existência de cláusulas abusivas. 2. O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num conceito aberto que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor. 3. O Decreto n. 2.181/1997 dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990). 4. O art. 4.º do CDC (norma principiológica que anuncia as diretrizes, as bases e as proposições do referido diploma) legítima, por seu inciso II, alínea “c”, a presença plural do Estado no mercado, tanto por meios de órgãos da administração pública voltados à defesa do consumidor (tais como o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, os Procons estaduais e municipais), quanto por meio de órgãos clássicos (Defensorias Públicas do Estado e da União, Ministério Público Estadual e Federal, delegacias de polícia especializada, agências e autarquias fiscalizadoras, entre outros). 5. O Procon, embora não detenha jurisdição, pode interpretar cláusulas contratuais, porquanto a Administração Pública, por meio de órgãos de julgamento administrativo, pratica controle de legalidade, o que não se confunde com a função jurisdicional propriamente dita, mesmo porque “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV, da CF). 6. A motivação sucinta que permitiu a exata compreensão do decisum não se confunde com motivação inexistente. 7. A sanção administrativa aplicada pelo Procon reveste-se de legitimidade, em virtude de seu poder de polícia (atividade administrativa de ordenação) para cominar multas relacionadas à transgressão da Lei n. 8.078/1990, esbarrando o reexame da proporcionalidade da pena fixada no enunciado da Súmula 7/STJ. 8. ‘Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida’ (Súmula 83/STJ). Recurso especial conhecido em parte e improvido” (STJ, REsp 1279622/MG, rel. Min. Humberto Martins, 2.ª T., j. 06.08.2015, Dje 17.08.2015).
12. O CDC prevê instrumentos específicos de promoção pelos próprios consumidores, da defesa de seus interesses. Dentre estes instrumentos destacam-se as denominadas *convenções coletivas de consumo*, prevista no artigo 107 do CDC, que se caracterizam como um negócio jurídico entre pessoas jurídicas representativas de consumidores e segmentos de fornecedores, e que tem por objeto o estabelecimento de obrigações relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características do produto, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo. Sua obrigatoriedade, na dicção do Código, decorre do respectivo registro em cartório, o que vincula as partes.

as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo”.

Conforme observamos em estudo anterior, as convenções coletivas de consumo constituem “espécie de negócio jurídico pelo qual as entidades privadas de representação de consumidores e fornecedores podem regular relações de consumo no que diz respeito a condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição de conflitos de consumo. Trata-se, no caso, de ajuste entre particulares, e tem seus efeitos condicionados à formalidade do registro no Cartório de Títulos e Documentos”.¹³ Trata-se de um estímulo à organização dos consumidores por intermédio de suas associações e da negociação entre as partes. Contudo, seu limite material será a própria lei, uma vez que as normas da convenção submetem-se ao disposto no próprio CDC e demais leis, não tendo validade qualquer disposição convencional que afaste ou contrarie normas cogentes. A principal crítica que se faz com relação a estas convenções de consumo é o fato de que, embora vinculem apenas aos filiados das entidades que celebram a convenção, podem afetar terceiros pessoas, uma vez dirão respeito à regulação do fornecimento de produtos e serviços eventualmente consumidos por integrantes e não integrantes destas signatárias.¹⁴ Daí o destaque que se deve dar aos limites de sua liberdade de estipulação de regras no mercado de consumo, apenas naquilo que não contrariem, mas sim que complementem e explicitem as normas legais de proteção do consumidor.

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, neste sentir, atende ao que dispunha a Recomendação da ONU 39/248, de 1985, a qual desafiava os governos a estabelecer e manter uma infraestrutura adequada que permitisse formular, aplicar e vigiar o funcionamento das políticas de proteção ao consumidor. Em relação a este aspecto, há o entendimento de parte da doutrina, de que não apenas os órgãos administrativos integrantes do SNDC têm competência para fiscalização das relações de consumo de que tratam a Lei 8.078/90. Os órgãos administrativos de controle e regulação setorial da atividade econômica privada, no âmbito de suas competências, teriam igualmente o dever de aplicar o CDC às relações que, na atividade que lhes compete regular, se caracterizassem como relações de consumo. É o caso, por exemplo, do Banco Central do Brasil em relação à atividade bancária e financeira,¹⁵ que em virtude do processo que *bancarização*,¹⁶ acaba por inserir grande parte dos contratantes destes serviços, integralmente, na condição de consumidores.

Os órgãos do SNDC atribuição também para planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção e defesa do consumidor (artigo 3.º, I, do Decreto 2.181/97).

13. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. Comentários..., p. 1.187-1.188.

14. Neste sentido, veja-se a tese de doutoramento de: MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção coletiva de consumo. Interesses difusos, coletivos e casos práticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 130-131.

15. Neste sentido: EFING, Antônio Carlos. O dever do Banco Central do Brasil de controlar a atividade bancária e financeira, aplicando as sanções administrativas previstas no sistema de proteção ao consumidor. *Revista da AJURIS*, v. 2. Edição Especial. Porto Alegre, mar. 1998. p. 593-598.

16. A expressão é de Antonio Herman Benjamin *apud* MARINS, James. Proteção contratual do Código de Defesa do Consumidor a contratos interempresariais, inclusive bancários. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 18, p. 94-104. São Paulo: RT, abr.-jun. 1996. Comenta o autor que a expressão *bancarização*, foi colhida por Benjamin do direito norte-americano, observando que nas sociedades ocidentais de massa a submissão ao sistema bancário é quase compulsória.

Deverão incumbir-se destas atividades com atenção aos princípios estabelecidos pela Política Nacional de Relação de Consumo (artigo 4.º da Lei 8.078/90). Tais princípios têm por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os diversos princípios que são explicitados pela lei. Servem assim, como vetores da atividade estatal de proteção do consumidor, e em especial dos órgãos administrativos vinculados ao SNDC, que devem levar a efeito a política prevista na lei.

O CDC estabelece em seu artigo 5.º os instrumentos dispostos pelo Poder Público para execução da política pública de defesa do consumidor. Relaciona, pois a manutenção de assistência jurídica integral e gratuita para o consumidor carente (artigo 5.º, I), que em relação à obrigação dos Estados e Municípios foi vetado pelo Presidente da República. Preservou-se, entretanto, a instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público (artigo 5.º, II), que atualmente são responsáveis por um importante trabalho de defesa preventiva do consumidor; a criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo (artigo 5.º, III); a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo (artigo 5.º, IV); e a concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor (artigo 5.º, V).

O Código de Defesa do Consumidor, ao ter por finalidade a proteção do consumidor enquanto sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo, o fez tendo em vista exatamente a equalização da relação entre consumidor e fornecedor, criando instrumentos inéditos de proteção. Dentre eles, já vimos, estão os órgãos vinculados a todas as esferas administrativas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que reunidos do SNDC, têm competência normativa, de controle e fiscalização das atividades atinentes à relação de consumo.

2.3 COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS ÓRGÃOS DO SNDC

A relação dos diversos órgãos do SNDC entre si, no desempenho da série de competências que lhe são reconhecidas, submete-se às regras de atuação indicadas no Código e no Dec. 2.181/97, sem prejuízo da existência de legislação estadual específica sobre a matéria. Assim, os procedimentos de apuração e sanção de infrações aos direitos do consumidor são previstos pelo artigo 5.º do Decreto que o regulamenta.¹⁷ Este estabelece a competência dos órgãos federal, estaduais e municipais, no seu âmbito de atuação, para atuar de modo a reprimir tais infrações.

Das diversas questões que desafiam a atuação administrativa dos órgãos de defesa do consumidor integrantes do SNDC está a possibilidade prática de que existam – em se tratando

17. “*Processual civil e Administrativo. PROCON. Alagoas. Regularidade. CDA. Higidez. Regularidade. Súmula 7/STJ.* 1. O Decreto Federal 2.181/97 veio a regulamentar a forma de aplicação das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor. 2. O artigo 4.º desse diploma legal determina que o órgão de defesa do consumidor seja criado na forma lei – artigo 55 da Lei 8.078/90 – não havendo vedação que seja substituído por decreto estadual ou municipal, mormente quando já existente no momento da edição do Codecon ou do Decreto Federal. 3. Não cabe aferir a higidez da CDA em recurso especial, quando a revisão demandar reexame fático-probatório dos elementos do processo, nos termos da Súmula 7/STJ. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido” (STJ, 2.ª T., REsp 960.875/AL, j. 06.11.2008, rel. Min. Castro Meira, DJe 01.12.2008).

de violações praticadas por fornecedores às normas do CDC que atingem consumidores situados em mais de um Estado, e portanto submetidos à competência de mais de um órgão integrante do sistema. A questão relevante, neste particular, é afastar a caracterização de *bis in idem* pela concorrência de sanções pela mesma infração por órgãos distintos. Neste sentido, é de mencionar a decisão do STJ, no REsp 1.087.892/SP segundo a qual “não obstante os órgãos de proteção e defesa do consumidor, que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serem autônomos e independentes quanto à fiscalização e controle do mercado de consumo, não se demonstra razoável e lícito a aplicação de sanções a fornecedor, decorrentes da mesma infração, por mais de uma autoridade consumerista, uma vez que tal conduta possibilitaria que todos os órgãos de defesa do consumidor existentes no País punissem o infrator, desvirtuando o poder punitivo do Estado”.¹⁸

O artigo 5.º, *caput* e parágrafo único do Decreto 2.181/97, que regulamenta o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, estabelece:

“Artigo 5.º Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.

Parágrafo único. Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pela Secretaria Nacional do Consumidor, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor

18. “Administrativo. Processual Civil. Recurso Especial. Mandado de segurança. Código de Defesa do Consumidor. Violação do artigo 535 do CPC não configurada. Procedimentos administrativos instaurados por órgãos federal e estadual de proteção e defesa do consumidor. Competência concorrente. Aplicação de multas pela mesma infração. Impossibilidade. Poder punitivo do Estado. Princípio da razoabilidade e da legalidade. Artigo 5.º, parágrafo único, do Decreto 2.181/97. 1. Caso em que são aplicadas multas administrativas pelo DPDC e pelo PROCON-SP a fornecedor, em decorrência da mesma infração às normas de proteção e defesa do consumidor. 2. Constatado que o Tribunal de origem empregou fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegada violação do artigo 535 do CPC. 3. No mérito, não assiste razão à recorrente, não obstante os órgãos de proteção e defesa do consumidor, que integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, serem autônomos e independentes quanto à fiscalização e controle do mercado de consumo, não se demonstra razoável e lícito a aplicação de sanções a fornecedor, decorrentes da mesma infração, por mais de uma autoridade consumerista, uma vez que tal conduta possibilitaria que todos os órgãos de defesa do consumidor existentes no País punissem o infrator, desvirtuando o poder punitivo do Estado. 4. Nos termos do artigo 5.º, parágrafo único, do Decreto 2.181/97: ‘Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pelo DPDC, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor - CNPDC, levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica.’ 5. Recurso especial não provido” (STJ, REsp 1.087.892/SP, 1.ª T., j. 22.06.2010, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 03.08.2010). Seja consentido remeter aos comentários de nossa autoria: MIRAGEM, Bruno. Competência administrativa concorrente de fiscalização e repressão de infrações pelos órgãos administrativos de defesa do consumidor limites do exercício do poder de polícia administrativo e efetividade da proteção do consumidor - comentários ao REsp 1.087.892/SP. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 77, p. 431 et seq. São Paulo: RT, janeiro/2011.

– CNPDC, levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica” (Redação do Decreto 7.738/2012).¹⁹

No que refere à competência da SENACON – como sucessora do DPDC/MJ – para a resolução dos conflitos entre pessoas jurídicas de uma mesma unidade federativa, é tranquilo seu reconhecimento na forma estabelecida pelo decreto. Todavia, em se tratando de conflito entre órgãos de distintas unidades federativas, autores como Daniel Roberto Fink questionam sobre a constitucionalidade do Decreto neste aspecto. Argumentam, em resumo, que se trata de uma espécie de subordinação indevida entre órgãos de distintas unidades federativas a um órgão federal. Defende que estes conflitos – quando não envolverem a União – devem ser solucionados na própria esfera onde estão a ocorrer, se em uma mesma unidade federativa. E, no caso de conflito entre unidades federativas distintas, através de pronunciamento próprio do Poder Judiciário.¹⁹

Esta concorrência de competências administrativas pode se dar tanto no cotejo entre a competência de órgãos pertencentes a distintos entes federados (SENACON vs. órgãos estaduais e municipais; órgão estadual vs órgãos municipais, órgão estadual vs. órgão estadual e órgão municipal vs órgão municipal), e eventual conflito no conteúdo no processo ou conteúdo das decisões (*conflito vertical* de competências), quanto no exercício de competência dos órgãos de defesa do consumidor e outros órgãos de competência regulatória de determinado setor econômico ou de prestação de serviço público (e.g. agências reguladoras, Banco Central). Neste segundo caso, contudo, o exercício de competência entre distintos órgãos (denominado *conflito horizontal* de competências) é de solução menos complexa, especialmente por reconhecer-se a competência comum dos órgãos de defesa do consumidor e dos órgãos regulatórios para fiscalização e controle do mercado, considerando a finalidade pública específica cuja realização deve ser o objetivo de cada órgão.²⁰ Neste sentido, o próprio STJ no sentido de reconhecer, por exemplo, a competência comum dos órgãos de defesa do consumidor e do Banco Central para fiscalização do cumprimento das normas de direito do consumidor pelas instituições financeiras.²¹

19. FINK, Daniel Roberto. *O código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 6. ed., p. 857.

20. STJ, RMS 26.397/BA, 2.ª T., j. 01.04.2008, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 11.04.2008; STJ, REsp 1.122.368/AL, 1.ª T., j. 03.09.2009, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 14.10.2009; RMS 24.921/BA, 1.ª T., j. 21.10.2008, rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 12.11.2008;

21. “Administrativo. Penalidade aplicada pelo PROCON à instituição financeira. Infração à legislação consumerista. Negativa de fornecimento de informações a correntista. Legitimidade. Competência do BACEN adstrita às infrações às normas que regem as atividades estritamente financeiras. 1. O poder sancionatório do Estado pressupõe obediência ao princípio da legalidade do qual se deduz a ‘competência da autoridade sancionadora’, cuja carência de aptidão inquina de nulidade o ato administrativo. 2. A fiscalização das instituições financeiras e a aplicação de penalidades respectivas, nos termos do artigo 10, IX, da Lei 4.595/1964, é de competência privativa do BACEN, *verbis*: ‘Artigo 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: (...) IX – Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas’. 3. Verbete Sumular 297, deste STJ, *verbis*: ‘O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras’, nos termos do seguinte precedente, deste E. STJ: ‘Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Multa aplicada pelo Procon à companhia de seguros. Possibilidade. Precedentes do STJ. Desprovimento do recurso ordinário. 1. Na hipótese examinada, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Secretário de Justiça e Direitos Humanos do Estado da Bahia, em face da aplicação de multa administrativa em decorrência de processo que tramitou no Procon, a qual violaria direito líquido e certo por incompetência do órgão de proteção ao consumidor, pois as companhias de seguro somente podem ser supervisionadas pela Susep. 2. O tema já foi analisado

Ou como refere outro precedente da Corte, “a atividade fiscalizadora e normativa das agências reguladoras não exclui a atuação de outros órgãos federais, municipais, estaduais ou do Distrito Federal, como é o caso dos Procons ou da própria Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que podem fiscalizar, apenas, qualquer pessoa física ou jurídica que se enquadre como fornecedora na relação de consumo, nos termos do artigo 3.º e parágrafos do Código de Defesa do Consumidor”.²² Da mesma forma, mencione-se que têm competência, os Procons, inclusive para aplicar sanção à empresa pública federal quando se trate de infração a direitos do consumidor,²³ justamente

- por esta Corte Superior, sendo consolidado o entendimento de que o Procon possui legitimidade para aplicar multas administrativas às companhias de seguro em face de infração praticada em relação de consumo de comercialização de título de capitalização e de que não há falar em *bis in idem* em virtude da inexistência da cumulação de competência para a aplicação da referida multa entre o órgão de proteção ao consumidor e a SUSEP. 3. Nesse sentido, em hipóteses similares, os seguintes precedentes desta Corte Superior: RMS 24.708/BA, 1.ª T., rel. Min. Teori Albino Zavascki, *DJe* 30.06.2008; RMS 25.065/BA, 1.ª T., rel. Min. Francisco Falcão, *DJe* 05.05.2008; RMS 26.397/BA, 2.ª T., rel. Min. Humberto Martins, *DJe* 11.04.2008; RMS 25.115/BA, 2.ª T., rel. Min. Castro Meira, *DJe* 28.03.2008. 4. Desprovemento do recurso ordinário’ (RMS 24.921/BA, 1.ª T., j. 21.10.2008, rel. Min. Denise Arruda, *DJe* 12.11.2008). 4. *In casu*, o processo administrativo proposto por correntista em razão de ter sido descontado valor de sua conta-corrente sem o seu conhecimento junto ao PROCON, tendo a autarquia permanecido inerte quanto ao pleito da correntista, que culminou na aplicação de penalidade pelo Procon/AL à CEF, com fulcro nos artigos 6.º, III, 14 e 42, parágrafo único, da Lei 8.078/1990 e no artigo 13, V, do Dec. 2.181/1997, *verbis*: ‘Artigo 6.º São direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (...) Artigo 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos (...). Artigo 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável’. ‘Artigo 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei 8.078/1990: V – deixar de empregar componentes de reposição originais, adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo se existir autorização em contrário do consumidor’; 5. Consectariamente, verifica-se que a penalidade foi aplicada, não em decorrência de qualquer violação às normas que regem as instituições financeiras, mas, em verdade, em razão da omissão da autarquia em responder o pleito administrativo formulado por correntista que solicitara esclarecimentos acerca de débito desconhecido em sua conta, caracterizando-se, portanto, como uma infringência à legislação consumerista. 6. O ato administrativo de aplicação de penalidade pelo Procon à instituição financeira por infração às normas que protegem o Direito do Consumidor não se encontra eivado de ilegalidade porquanto inócua a usurpação de competência do BACEN, autarquia que possui competência privativa para fiscalizar e punir as instituições bancárias quando agirem em descompasso com a Lei 4.565/1964, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias. 7. Raciocínio inverso conspiraria contra a *ratio essendi* dos dispositivos questionados, porquanto inviabilizaria o acesso do consumidor-correntista à satisfação dos seus direitos haja vista que inexistiria no ordenamento jurídico pátrio a descentralização nos Estados das atividades desempenhadas pelo Bacen. 8. Recurso especial desprovido” (STJ, REsp 1.122.368/AL, 1.ª T., j. 03.09.2009, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 14.10.2009).
22. STJ, AgRg no REsp 1.081.366/RJ, 1.ª T., j. 05.06.2012, rel. Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 12.06.2012.
23. STJ, REsp 1.366.410/AL, 2.ª T., j. 19.09.2013, rel. Min. Eliana Calmon, *DJe* 26.09.2013.

porque é a existência da relação de consumo que atrai seu poder de fiscalização, não a natureza jurídica do fornecedor.

O problema surge, justamente, em relação à coordenação das competências próprias dos órgãos de proteção e defesa do consumidor dos diferentes entes federados, pois neste caso, a finalidade pública a que se vincula o procedimento sancionatório e o ato administrativo de aplicação de multa é o mesmo, e neste sentido, eventual concorrência de procedimentos e sanções dá causa, com mais facilidade à invocação pelo infrator do princípio do *ne bis in idem*, impedindo mais de uma sanção pelo mesmo fato. Daí porque a necessidade do estabelecimento de critérios para: (a) identificação da existência ou não de conflito no exercício de competência por órgãos administrativos de defesa do consumidor distintos para fiscalização e repressão de uma mesma infração; e (b) na hipótese de identificação do conflito, quais os critérios admissíveis para sua solução.

No caso dos órgãos administrativos de defesa do consumidor, a experiência brasileira dos 25 anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor observou diferentes formas de criação e funcionamento, em acordo com as normas legais e constitucionais e a tradição administrativa dos diferentes entes federados. Neste sentido, identifica-se a possibilidade de se constituírem como órgãos internos de assessoramento direto do Chefe do Poder Executivo (Secretarias de Estado/Secretarias Municipais), até órgãos internos de Secretárias, entes da administração indireta (caso da Fundação PROCON/SP, que dá causa ao caso judicial em exame), ou mesmo que tal atividade não seja indicada a um órgão específico, sendo compreendida mediante criação como programa ou divisão interna de órgãos administrativos mais complexos. No cerne da distinção observa-se, de um lado, a criação do órgão dotado ou não de personalidade jurídica própria, e com diferentes graus de autonomia frente à atuação do Chefe do Poder Executivo. Já em relação ao órgão federal de proteção e defesa do consumidor, é o próprio Código quem determina – de forma que se pode dizer até incomum – a criação de um Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, ora Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) –, como órgão de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, prevendo inclusive competências específicas no seu artigo 106, dentre as quais: I – planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor; II – receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; III – prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias; IV – informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação; V – solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente; VI – representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições; VII – levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores; VIII – solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços; IX – incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais; XIII – desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades. Da redação da norma observa-se caráter nitidamente subsidiário ao exercício do poder de polícia pela SENACON, privilegiando-se no caso, competências de formulação e execução de políticas públicas de defesa dos direitos do consumidor e a articulação e coordenação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O fundamento da competência de fiscalização e controle repressivo das infrações aos direitos do consumidor, contudo, encontra-se no disposto no artigo 4.º, VI, do CDC que prevê como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a “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”, bem como no artigo 55, § 1.º, do CDC, que estabelece: “§ 1.º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias”. A regra de competência, portanto, é do ente federado, que se articula visando à criação de órgãos específicos para serem titulares desta competência, conforme sugere o artigo 105 do CDC (“Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC –, os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor”).

É sempre de referir, com auxílio da lição de Ruy Cirne Lima, que competência, em sentido administrativo, é a medida de poder que a lei confere a uma pessoa administrativa determinada.²⁴ Neste sentido, quem fixa competência é a Constituição ou norma legal que com ela esteja conforme. No caso do órgão administrativo federal de defesa do consumidor, a norma que o cria e fixa sua competência é o próprio Código de Defesa do Consumidor (artigo 106, CDC). Nos Estados e Municípios, norma legal de iniciativa do Poder Executivo aprovada pelo respectivo parlamento, ainda que se saiba da realidade em que sendo órgãos criados por desdobramento (a partir do segundo nível da administração), admita-se a criação por decreto, porém sem competência própria, sendo admissível apenas a especificação das competências fixada em lei ao órgão mais abrangente.²⁵

No caso das competências de órgãos de diferentes entes federados, na medida em que têm sua sede normativa nas respectivas leis federais, estaduais ou municipais que a estabelecem, neste particular são dotadas de eficácia territorial, ou seja: a medida de poder conferida pela lei, o é em determinado território (nacional, estadual ou municipal) e neste território é que vige. A concorrência de competências dos diferentes órgãos de defesa do consumidor é, antes de tudo, concorrência de competências territoriais, em que na relação dos entes federados distintos ocorre da União sobrepor competência dos Estados e Municípios, o mesmo ocorrendo em relação aos Estados e os Municípios que o integram.

Desde a perspectiva do particular – que no caso do processo administrativo para apuração e sanção de infrações a normas do Código de Defesa do Consumidor, como regra, será o fornecedor – a simples sobreposição de competências indica a possibilidade, em tese, de multiplicação das sanções aplicadas em relação a uma mesma infração, por tantos órgãos administrativos de defesa do consumidor quanto existam, no âmbito do território sobre o qual a exercem. E da mesma forma, a submissão de decisões contraditórias entre si sobre um mesmo fato, nos diversos processos (o que em verdade pode representar, igualmente, uma certa vulnerabilidade do próprio sistema de proteção de direitos dos consumidores). Para tanto, ao regular o Código de Defesa do Consumidor no exercício de sua competência regulamentar, a União, por intermédio

24. LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987. p. 187.

25. Para detalhes, veja-se: MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: RT, 2011. p. 235.

do Dec. 2.181/1997, previu em seu artigo 5.º, parágrafo único, a possibilidade de que eventual conflito de competência entre os órgãos possa ser dirimido pela SENACON.

Embora de se registrar o mérito da iniciativa de buscar, via exercício do poder regulamentar, regular as situações de conflito de competência entre diferentes órgãos administrativos, especialmente em razão de critério pertinente para fixação da competência (competência legislativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica), a rigor trata-se de norma sem utilidade para a solução do problema, por várias razões. Primeiro, porque ao tratar de conflito de competência de órgãos administrativos, pode ser interpretado como regra de solução de conflitos entre entes federados, a exigir lei formal para sua fixação, bem como em relação ao princípio federativo. Em sentido inverso, a solução de conflito pode ser compreendida sob abrangência da competência legal da SENACON, de coordenação do sistema.

Entretanto, o critério eleito, de atribuição de competência executiva de fiscalização e controle, em vista de competência constitucional para legislar sobre a matéria, embora incentivada pela melhor doutrina,²⁶ é de eficácia duvidosa em matéria de defesa do consumidor, uma vez que a competência legislativa relativa à proteção do consumidor é compreendida tanto em face da competência concorrente da União e dos Estados para legislar sobre produção e consumo (artigo 24, V, da CF/1988) ou danos ao consumidor (artigo 24, VIII, da CF/1988) quanto em matéria de contratos de consumo, competência privativa da União para legislar sobre direito civil (artigo 22, I, da CF/1988), a qual é conferida também para legislar sobre propaganda comercial (artigo 22, XXIX, CF/1988). E da mesma forma a competência transversal dos municípios para legislar em assuntos de interesse local (artigo 30, I, da CF/1988), cuja abrangência tem sido definida de modo casuístico pela jurisprudência brasileira. Neste sentido, também considera a doutrina administrativista que tal critério deve observar moderação, considerando que a competência privativa da União para legislar (artigo 22 da CF/1988) lhe indicaria competência para exercício da polícia administrativa sem excluir a dos Estados e Municípios *quanto a aspectos externos à essência mesma da matéria atribuída à União*.²⁷

Da mesma forma é de rigor admitir, na esfera administrativa, a aplicação de sanções concomitantes, considerando a finalidade pública perseguida, que não apenas é de punir o infrator, como também evitar/fazer, cessar/recuperar, eventuais prejuízos à comunidade.²⁸ No caso, a doutrina distinguirá, a despeito do texto normativo, entre *sanções e medidas de polícia*, sendo as primeiras dotadas de caráter eminentemente punitivo, na medida em que as segundas estariam seriam dotadas de finalidade de preservação do interesse público.²⁹ Todavia, não se admite no direito administrativo sancionador, mediante sua aproximação ao sistema de garantias constitucionais penais, que um indivíduo seja punido mais de uma vez em razão do mesmo fato/infração.³⁰

26. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 731-732; Meirelles, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 127.

27. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit., p. 733. No mesmo sentido: Oliveira, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 76-77.

28. STJ, REsp 1.130.103/RJ, 2.ª T., j. 19.08.2010, rel. Min. Castro Meira, DJ 30.08.2010.

29. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 98.

30. NOBREJÚNIOR, Edilson Pereira. *Sanções administrativas e princípios de direito penal*. RT775/449. Osório, Fábio Medina, op. cit., p. 102. No mesmo sentido, em vista das relações de consumo, observa Álvaro Lazzarini que "a aplicação cumulativa de sanções previstas no CDC, artigo 56, assim,

Neste sentido, embora o Decreto 2.181/97 coloque a SENACON como árbitra do conflito entre dois outros órgãos administrativos, seriam mais comuns – não fosse a forte articulação político-institucional que felizmente formou-se no interior do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – situações de concorrência de competência entre o próprio órgão federal e órgãos estaduais, de modo a dar causa a possíveis conflitos de competência. O entendimento de conflito de competências. Dentre os estudiosos do tema no direito do consumidor, observa-se a crítica à ausência de um critério explícito que sustente a competência concorrente dos entes federados no exercício da competência de polícia administrativa. Refere a este respeito Marcelo Sodré, para quem “quando todos os conflitos dentro do Sistema Nacional precisam ser levados ao Poder Judiciário é porque o sistema não está funcionando como tal”.³¹

A admissão de competência concorrente dos diferentes órgãos administrativos de defesa do consumidor parece ser a solução indicada pelo sistema jurídico brasileiro, seja pelo exposto texto da norma (artigo 55, § 1.º, CDC), ou mesmo pelo critério de fixação da competência administrativa em face da competência legislativa fixada pela Constituição. Assim, SENACON, Procons estaduais e municipais são competentes para exercer poder de polícia, fiscalizando e aplicando sanções por infrações ao disposto no Código de Defesa do Consumidor. A situação, todavia, pode dar causa a extremos, como na hipótese de uma mesma sanção de multa, por exemplo, ser aplicada em seu limite máximo por diversos órgãos competentes, o que pode desbordar da proporcionalidade da sanção, quando tomada em seu conjunto – a infração cometida pelo fornecedor, e sua capacidade econômica de responder a mesma sem que haja prejuízo de suas operações.³²

Neste sentido, pois, é que a decisão do STJ no REsp 1.087.892/SP pode ser objeto de crítica ao desconsiderar a competência concorrente dos órgãos administrativos de defesa do consumidor, e não se debruçar sobre o critério da correta solução destas questões. Pelo que se infere do cumprimento da atribuição de coordenação do sistema, é possível defender-se a solução do conflito pela SENACON. Ademais, por determinar o Decreto 2.181/97 – em seu artigo 5.º, parágrafo único – que a decisão daquele órgão administrativo pode ser precedida por consulta à Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor. Embora esta consulta se dê – ao contrário do desejável – de modo facultativo (“poderá ouvir”), reforça o caráter de coor-

é legítima, como também é legítima a apenação também nas esferas civil e criminal, dada a autonomia que o Direito reconhece para elas. Entendo, porém, que no campo da responsabilidade administrativa é de duvidosa juridicidade apenar-se o fornecedor infrator com as penas previstas no Código de Defesa do Consumidor e, ainda, com as definidas em normas específicas, como previsto no final do artigo 56, *caput*, do aludido Código. Entendo que essa faculdade deve ser utilizada com certo cuidado, evitando o denominado *bis in idem*, ou seja, uma apenação duas ou mais vezes, pela mesma conduta do fornecedor, pela mesma ou diversa autoridade. No caso, como sabido, o *bis in idem* será a repetição (bis) de punição sobre a mesma conduta ilícita (*in idem*), o que violenta a consciência jurídica. LAZZARINI, Álvaro. Tutela administrativa e relações de consumo, RT 704/7.

31. SODRÉ, Marcelo. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 283.
32. Esta situação fática que se pode produzir leva a doutrina recente, inclusive, a sugerir soluções visando indicar articulação entre os diferentes órgãos de defesa do consumidor, como é o caso de Vitor Andrade, ao sugerir que nas infrações de caráter estadual, indica-se a competência do Procon da Capital do Estado/PROCON Estadual, ou ainda as de caráter nacional à SENACON. Tratam-se de soluções, contudo, de *lege ferenda*, uma vez que sua adoção depende de expressa fixação de competência dos órgãos administrativos em questão. MORAES, Vitor de Andrade. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 137-138.

denação que reveste a atuação da SENACON no caso. Esta solução, contudo não é livre de riscos, uma vez que estará a tratar no caso desde a ótica da distribuição de competência no âmbito da federação.

Contudo, destaca a *ausência* (ou *insuficiência*, se for considerado o artigo 5.º, parágrafo único, do Dec. 2.181/1997) de um critério legal exposto para delimitação destas competências em vista do equilíbrio entre o poder-dever do estado de defesa do consumidor e a razoabilidade/proporcionalidade da sanção administrativa a ser imposta aos fornecedores.

REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E O DIREITO DO CONSUMIDOR

3

SUMÁRIO: 3.1 A regulação administrativa dos serviços públicos – 3.2 Marcos regulatórios e direito do consumidor; 3.2.1 Marcos regulatórios gerais; 3.2.2 Marcos regulatórios setoriais.

A atividade regulatória da economia e dos serviços públicos pela Administração observou, nos últimos anos, um significativo desenvolvimento legislativo e institucional, diretamente vinculado ao processo de reforma do Estado levado a efeito desde o princípio da década de 1990.¹ Esse processo porque passou o Estado brasileiro desenvolveu-se em diversas fases² e atendeu a distintos objetivos, dentre os quais é possível destacar a alienação de patrimônio público – através do processo de desestatização –, a delegação da prestação de serviços públicos aos particulares; e a obtenção de recursos para diminuição do déficit financeiro do setor público.

Em um primeiro momento, a reforma estrutural do Estado deu-se pela alienação do controle acionário de empresas (em sua maioria empresas públicas e sociedades de economia mista) representativas da intervenção estatal na atividade econômica.³ Em seguida, a face mais conhecida do processo passa a ser a venda do controle das empresas estatais prestadoras de

1. Neste sentido veja-se o nosso: MIRAGEM, A nova administração pública e o novo direito administrativo, p. 65 et se. No mesmo sentido, destacou-se em nossos Comentários: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. Comentários, 3. ed., p. 1121 et seq.
2. A iniciativa pioneira é o Decreto 83.740/79, que criou o Programa Nacional de Desestatização, restringindo a criação de novas entidades estatais e iniciando o processo de privatização. Em 1985 é criado, através do Dec. 51.991, o Conselho Interministerial de Privatização. Então, em 1990, a Lei 8.031 cria o Programa Nacional de Desestatização, o mais amplo do gênero, que acaba por originar extensa legislação a respeito. Em 1997, a Lei 9.491 altera procedimentos do PND e revoga a Lei 8.031/90. A respeito desta evolução legislativa: TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 202, p. 1-10. Rio de Janeiro: Renovar. out.-dez. 1995.
3. O Programa Nacional de Desestatização previa diversas modalidades de privatização, dentre as quais estabelecia a preferência pela pulverização da participação acionária junto ao público, empregados, acionistas, fornecedores e consumidores. Esta preferência estabelecida pela lei, contudo, não foi obedecida. A respeito veja-se: STÜBER, Walter Douglas. A reforma da ordem econômica e financeira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 14, p. 80-91. São Paulo: RT. jan.-mar., 1996.

serviço público, ao mesmo tempo em que se providencia a delegação à iniciativa privada da atividade de prestação do serviço. A escassez dos investimentos públicos e a necessidade de sua qualificação, sobretudo para o atendimento das principais exigências dos serviços públicos – adequação e universalidade – são os argumentos centrais a justificar este procedimento.⁴ O pressuposto básico da alienação das empresas estatais prestadoras e a delegação da atividade ao ente privado é de que o Estado, em face da insuficiência de recursos, e mesmo das restrições legais e de organização do setor público, não tinha como prover as condições necessárias à prestação de um serviço adequado. Por essa razão, via de regra, a prestação direta dos serviços pelo ente público caracteriza-se por ser deficiente, não atendendo os reclames do interesse público. Nesse aspecto, nota-se que a satisfação do consumidor do serviço serviu para legitimação da delegação do mesmo ao setor privado,⁵ sob o argumento de que apenas a flexibilidade inerente à livre iniciativa dos particulares ofereceria as condições necessárias para prestação do serviço adequado e, sobretudo, para sua universalização.

O interesse do consumidor, desse modo, serviu como legitimação do processo de desestatização e constituição da estrutura de regulação dos serviços públicos. Para tanto, as agências reguladoras criadas para regular o exercício da atividade de prestação dos serviços públicos pelo particular, têm sua origem vinculada à finalidade principal de garantir a efetiva realização desses interesses.⁶

Entretanto, o desafio seguinte que se impõe a essa conclusão é identificar quais os seriam os interesses do consumidor de serviços públicos. Alguns aspectos deverão ser necessariamente considerados. Parece-nos possível identificar, dentre outros, a *adequação e eficiência* do serviço prestado, bem como a *modicidade das tarifas*, como interesses tipicamente associados ao interesse dos consumidores. Ao mesmo tempo, em razão de elementos que informam a noção geral de serviço público, também pertence a esse elenco de interesses reconhecidos, o *direito de acesso ao serviço*, para os que dele ainda não usufruem. Essa última questão, entretanto, abrigada sob o *princípio da universalidade dos serviços públicos*, vai enfrentar a tensão entre os interesses dos *consumidores incluídos* no mercado e daqueles que são ainda *consumidores potenciais*. E a composição desses interesses – segundo a aguda lição de José Reinaldo de Lima Lopes – vai apresentar um nítido caráter *redistributivo*,⁷ presente na contribuição financeira dos consumidores incluídos (presente na composição do valor da tarifa) para a extensão do serviço aos *potenciais* consumidores que ainda não possuem acesso aos mesmos.

A legislação decorrente do processo de regulação fez referência, em diversos momentos, à proteção do consumidor, ou simplesmente a seus interesses ou direitos. Ocorre que, embora

4. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reforma da ordem econômica e financeira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 9, p. 22-25. São Paulo: RT, out.-dez., 1994.
5. MARQUES, Claudia Lima. A regulação dos serviços públicos altera o perfil do consumidor. *Revista Marco Regulatório*, n. 1. Porto Alegre: AGERGS, 1998, p. 22-27.
6. Sobre as funções das agências reguladoras, vejam-se: MIRAGEM, A nova administração pública..., p. 109 et seq. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, 3. ed. p. 1121 et seq.
7. Trata-se da tese defendida pelo professor paulista, e aprovada no V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, promovido pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, e publicado na Revista de Direito do Consumidor: LIMA LOPES, José Reinaldo. Direito do consumidor e privatização. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 26. São Paulo: RT, abr.-jun. 1998, p. 119 et seq. Sobre o caráter distributivo do direito do consumidor, o mesmo autor aprofundou sua reflexão em um segundo estudo: LIMA LOPES, José Reinaldo. O aspecto distributivo do direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 41, p. 140 et seq. São Paulo: RT, jan.-mar. 2002.

a legislação tenha disposto de mecanismos de proteção dos interesses do consumidor, sua efetividade está condicionada a atuação dos órgãos de regulação. No caso do direito de acesso ao serviço, por exemplo, em que pese associado ao princípio da universalidade, o cumprimento das metas estabelecidas pela legislação diz respeito ao nível de exigência estabelecido pelas agências reguladoras.

Dáí porque, como já afirmamos em estudo recente,⁸ os órgãos reguladores brasileiros, ocupados da regulação, tanto da prestação de serviços públicos por entes privados, quanto de atividades econômicas em sentido estrito,⁹ têm por missão “regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades desenvolvidas por particulares tendo em vista o interesse público (desenvolvimento de ações de proteção à saúde (...) e a defesa dos interesses dos consumidores, almejando a manutenção da qualidade dos serviços e produtos ofertados, os preços justos, o respeito aos menos privilegiados e às minorias etc.)”.¹⁰

Nesse contexto, dois são os setores em que a atividade de regulação da prestação dos serviços públicos tem surgido de modo constante, em boa parte motivando críticas sobre a insuficiência de sua atuação, são os serviços de fornecimento de energia elétrica e de telecomunicações. Essa avaliação crítica, se de um lado pode ser creditada à insuficiente proteção oferecida aos consumidores pelas respectivas agências, de outro lado se vincula ao fato de que se tratam de serviços amplamente difundidos e mesmo, no que se refere ao fornecimento de energia elétrica, amplamente conhecido como *serviço essencial*.

3.1 A REGULAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor à atividade regulatória dos serviços públicos é conclusão que necessariamente emerge da observância do princípio da legalidade que informa a atividade dos órgãos administrativos competentes para realizá-la. O CDC, de sua vez, estabelece em seu artigo 22, que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

É certo, contudo, que a atividade regulatória não se restringe apenas à defesa do consumidor. A rigor, visa ao atendimento do interesse coletivo,¹¹ e mesmo, quando observada sua autonomia e independência, para a realização de direitos fundamentais,¹² razão pela qual necessariamente deverá observar a composição de interesses diferenciados, e muitas vezes divergentes, dos diversos grupos envolvidos. A isso, Sérgio Varella Bruna identifica como *neopluralismo*, em que os diferentes interesses de grupos podem dar margem a desvios dos órgãos da Administração no exercício de sua missão essencial. Assim, para que se evite o privilégio de

8. MIRAGEM. *Defesa administrativa...*, p. 136.

9. Nesse sentido a distinção de Eros Roberto Grau. *A ordem jurídica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 98.

10. CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 79-80.

11. DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos. As ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 83 et seq.

12. Neste sentido ensina, em especial sobre a experiência europeia, o excelente estudo de LIMBERGER, Têmis. *Agências administrativas independentes no direito comparado. Uma contribuição ao PL 3.337/2004*. *Revista de direito do consumidor*, v. 51, p. 223-248. São Paulo: RT, jul.-set. 2004.

interesses particulares em detrimento do interesse coletivo, é necessário criar estruturas institucionais que contemplem a atuação clara e visível dos mesmos, ainda que isso por si só não possa garantir plenamente a isenção do seu processo decisório.¹³

A identificação do interesse coletivo então, é estabelecida pela composição dos diferentes agentes envolvidos na relação jurídica sob regulação. E, ainda que contribuição dos interesses não possa ser objeto de uma mensuração objetiva, é perfeitamente adequado a consideração de dois fatores vocacionados à legitimar a atividade de regulação, quais sejam: a *proporcionalidade* na valoração das pretensões envolvidas; e a *institucionalização de procedimentos de participação* dos interessados. Em sentido semelhante, Sérgio Varella Bruna, no esteio das lições de Sargentich, identifica três valores fundamentais à atividade administrativa, quais sejam: o ideal da legalidade (*rule of law ideal*), o ideal do interesse coletivo (*public purposes ideal*), e o ideal do processo democrático (*democratic process ideal*).¹⁴ Consigna então, que esses mesmos valores podem ser vislumbrados desde uma expressão principal – a qual entretanto, está muitas vezes em descompasso com as necessidades de atuação administrativa – e uma expressão alternativa, tendo por ideia básica a revisão da tradicional distinção entre *política e direito*.¹⁵ Aliás, como sustentamos em estudo recente, a grande distinção entre a atividade regulatória e aquela tradicionalmente confiada ao Estado na intervenção do domínio econômico é justamente a conjugação das atividades típicas do exercício de poder de polícia com a formulação e execução de políticas públicas para um determinado setor regulado.¹⁶

Ao mesmo tempo, essa tarefa não se revela como atividade cujo universo decisório esteja totalmente subordinado a discricionariedade política ou técnica do agente público. Ao contrário, a atuação administrativa, em que pese seja flexibilizada e tenha admitido seu alcance para além do estrito formalismo legal, permanece regulada pelo ordenamento jurídico, na exata medida em que esse constitui seu próprio fundamento de validade. É ilustrativo desse fenômeno a eleição, entre nós, da *eficiência* como *princípio constitucional informativo* da atividade administrativa, através da Emenda Constitucional n. 19/1998. Eleita como uma das *ideias-força* das reformas administrativas ao longo da década de 1990, em boa medida a eficiência como princípio constitucional, impõe à Administração o dever de obter o máximo de resultado de seus programas e ações, em benefício dos administrados.¹⁷ Pode ser interpretado como dever de escolher o *meio menos custoso* para realização de um fim, ou mesmo como dever de *promover o fim de modo satisfatório*.¹⁸

Essa construção teórica parece aplicar-se com muita propriedade ao ordenamento jurídico brasileiro, a partir da vigência da Constituição da República de 1988, em especial no que diz respeito à denominada *ordem constitucional econômica*. Isso porque a intervenção jurídica na iniciativa econômica, adotando-se a distinção consagrada por Eros Roberto Grau, estabelece tanto a intervenção por *absorção* ou *participação*, quanto a que se dá *por direção* e *por*

13. BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras. Poder normativo. Consulta pública. Revisão judicial*. São Paulo: RT, 2003. p. 56-57.

14. *Idem*, p. 61. Ver, também: MIRAGEM, *A nova administração pública...*, p. 87.

15. *Idem*, p. 62-63.

16. MIRAGEM, *A nova administração pública...*, p. 101.

17. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 242.

18. Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. *Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa*. *Revista Brasileira de Direito Público*, n. 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, abr.-jun. 2003. p. 105-133.

indução.¹⁹ No caso da regulação dos serviços públicos pelos órgãos administrativos, irá configurar-se como espécie de intervenção *sobre* a atividade econômica,²⁰ a qual se revela a partir de inúmeros aspectos, dentre os quais, a restrição à liberdade contratual reconhecida tradicionalmente aos particulares, bem como a imposição de deveres aos agentes regulados, de coordenarem seus interesses com os dos seus órgãos reguladores, como meio para melhor atingir os objetivos estatais.

A atividade regulatória, ainda que não se esgote nos limites do direito, tem nas normas estabelecidas pelo ordenamento jurídico a fonte de sua validade e legitimidade. É e nesse ponto que o direito do consumidor, considerando em sua *dúplice previsão constitucional* – de *direito fundamental e princípio da ordem econômica* – surge como critério informador da atuação administrativa,²¹ e mesmo legislativa do Estado, impondo a este que expressamente contemple.²²

Como parte da ordem constitucional positiva, e tendo sido desenvolvido sob a atividade legislativa por expressa determinação da Constituição, não pode o mesmo ser afastado ou desconsiderado na atividade de regulação econômica. Deve ser necessariamente observado, desde as disposições do próprio Código de Defesa do Consumidor, cujo primado é exigência do princípio da legalidade, ou mesmo, de modo direto, as disposições referidas nos artigos 5.º, XXXII, e 170, IV, critérios de aferição da constitucionalidade da atuação administrativa propriamente dita.

No arcabouço legislativo do direito regulatório brasileiro, em diversas oportunidades, foram realizadas referências expressas aos interesses do consumidor. No setor de energia elétrica, a Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996, assim como o Decreto 2.335, de 06 de outubro de 1997, determinam que a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL –, terá seu processo decisório integrado por audiências públicas prévias, sempre que implicar afetação dos direitos dos interessados,²³ assim como que exercerá sua atividade levando em conta as necessidades dos consumidores e o pleno acesso aos serviços de energia, criando condições para modicidade das tarifas, sem prejuízo da oferta.²⁴ Já no setor de telecomunicações tem-se como exemplo a previsão expressa do direito de acesso aos serviços, sem discriminação, previsto no artigo 3.º, I e III, da Lei 9.742, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações e da criação de seu órgão regulador.²⁵

A distribuição dessas competências de proteção dos interesses dos consumidores, da mesma forma, é observada nas leis de criação de outras tantas agências. A própria lei de criação

19. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82-83. Na intervenção por direção, *o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para sujeitos da atividade econômica em sentido estrito* (excluídos os serviços públicos). Na intervenção por indução, *o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados*. GRAU, p. 127.

20. GRAU. *A ordem econômica...*, p. 127.

21. Nesse sentido afirmamos em nosso: *O direito do consumidor como direito fundamental*, p. 111 *et seq.*

22. Veja-se: STF, RE 193.749/SP, rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJU 04.06.1998.

23. Artigo 4.º, § 3.º, da Lei 9.427/96.

24. O artigo 2.º, V, da Lei 10.848, de 15 de março de 2004 remete à norma regulamentar, dispor sobre “condições e limites do repasse do custo de aquisição de energia elétrica para os consumidores finais”.

25. LIMA LOPES, José Reinaldo. *Direito do consumidor e privatização*, p. 120.

da ANATEL, por exemplo, foi estabelecido em seu artigo 3.º um elenco de direitos dos usuários,²⁶ assim como determinando no artigo 19, XVIII, que, dentre as atribuições da Agência, está a de “reprimir infrações aos direitos dos usuários”. No caso de outras agências que constituem exemplo da intervenção do Estado na atividade econômica, ainda que não dizendo respeito a serviços públicos, essas competências de proteção do consumidor também são observadas. É o caso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA – para a qual a Lei 9.782, de 26 de janeiro de 1999, em seu artigo 7.º, estabelece a competência para atuação em matérias de prevenção e controle dos riscos à saúde do consumidor. Ou mesmo o caso da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS – criada pela Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, e que tem atribuição legal, segundo o artigo 4.º, XI, para estabelecer critérios, responsabilidades, obrigações e normas de procedimento para garantia dos direitos dos consumidores assegurados nos artigos 30 e 31 da Lei 9.656, de 1998.²⁷ Também cumpre a ANS articular-se com os órgãos de defesa do consu-

26. Assim o artigo 3.º da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações): “O usuário de serviços de telecomunicações tem direito: I – de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional; II – à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço; III – de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço; IV – à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços; V – à inviolabilidade e ao sigilo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas; VI – à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso; VII – à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais; VIII – ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço; IX – ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço; X – de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço; XI – de petição contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor; XII – à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos”.

27. Estabelece a Lei 9.656/98, em seus artigos 30 e 31: “Artigo 30. Ao consumidor que contribuir para plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma também o pagamento da parcela anteriormente de responsabilidade patronal; § 1.º O período de manutenção da condição de beneficiário a que se refere o *caput* será de um terço do tempo de permanência no plano ou seguro, ou sucessor, com um mínimo assegurado de seis meses e um máximo de vinte e quatro meses; § 2.º A manutenção de que trata este artigo é extensiva, obrigatoriamente, a todo o grupo familiar inscrito quando da vigência do contrato de trabalho; § 3.º Em caso de morte do titular, o direito de permanência é assegurado aos dependentes cobertos pelo plano ou seguro privado coletivo de assistência à saúde, nos termos do disposto neste artigo; § 4.º O direito assegurado neste artigo não exclui vantagens obtidas pelos empregados decorrentes de negociações coletivas de trabalho”. E: “Artigo 31. Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivo de assistência à saúde, decorrente de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, nas mesmas condições de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assuma o pagamento integral do mesmo. § 1.º Ao aposentado que contribuir para plano ou seguro coletivos de assistência à saúde por período inferior ao estabelecido no *caput* é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, à razão de um ano para cada ano de contribuição, desde que assuma o pagamento integral do mesmo. § 2.º Cálculos periódicos para ajustes técnicos atuariais das mensalidades dos planos ou seguros coletivos considerarão todos os beneficiários neles incluídos, sejam eles ativos ou aposentados. § 3.º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2.º e 4.º do artigo 30”.

midor, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, de acordo com o disposto na Lei 8.078/90 (artigo 4.º, XXXVI, da Lei 9.961/2000).

Não parece correto afirmar que as normas editadas pelas agências (consubstanciadas por um universo de resoluções, portarias, instruções) inovam o ordenamento jurídico, exercendo atividade normativa secundária, de regulamentação das leis. Não é demais recordar que a competência regulamentar, segundo nosso direito constitucional, é providência privativa do Presidente da República (artigo 84, IV, da Constituição da República). Assim, a atuação do órgão administrativo não pode descuidar do regime jurídico estabelecido pela legislação em geral, e, sobretudo pelos marcos regulatórios, gerais e setoriais, incidentes diretamente sobre a atividade regulada.²⁸

Elucida a questão Villela Souto, sentenciando que “a norma reguladora nada cria; apenas explicita, na forma e limites autorizados em lei, os conceitos necessários à sua implementação”.²⁹ Nesse sentido, o exame da adequação dessas normas à lei não prescinde do exame dos objetivos incorporados no ato legislativo, e as finalidades a serem perseguidas na produção normativa infralegal.³⁰ Em outros termos, os atos infralegais dos órgãos reguladores não podem, a qualquer título, inovar ou contrariar preceito expresso de lei.³¹

No caso do Código de Defesa do Consumidor, é possível identificar em relação ao poder normativo das agências um reforço do enquadramento legal exigido de quaisquer providências que digam respeito à relação entre as concessionárias e os consumidores. Em relação à ANEEL, por exemplo, o artigo 4.º, XVI, do Decreto 2.335/97 vai estabelecer dentre as suas competências, “estimular a melhoria do serviço prestado e zelar, direta e indiretamente, pela sua boa qualidade, observado, no que couber, o disposto na legislação vigente de proteção e defesa do consumidor”. No mesmo sentido, como já mencionamos, consigna o artigo 14 do referido Decreto.

28. Refira-se, a respeito, recente decisão do STJ, em que postulava um determinado fornecedor de serviços de telefonia, a aplicação de multa moratória de 10% (dez por cento) ao invés de 2% (dois por cento), conforme interpretação extensiva dominante do artigo 52, § 1.º, do CDC, a todos os contratos de consumo: “*Administrativo. Consumidor. Prestação de serviços de telefonia. Atraso no pagamento. Multa moratória. Redução de 10% para 2%. Artigo 52, § 1.º, do CDC.* 1. Os contratos de prestação de serviços de telefonia, por envolver relação de consumo, estão sujeitos à regra prevista no § 1.º do artigo 52 do CDC, segundo a qual é de até 2% do valor da prestação (e não de 10%) a multa de mora decorrente do inadimplemento de obrigação no seu termo. 2. Recurso especial improvido” (STJ, REsp 436.224/DF, j. 18.12.2007, rel. Min. Teori Zavaschi, DJ 11.02.2008, p. 1).
29. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*, p. 52.
30. BRUNA, Sérgio Varella. *Agências...*, p. 140.
31. Assim decidiu o STJ: “*Administrativo. Energia elétrica. Fornecimento. Ofensa a resolução. Impossibilidade de exame na via eleita. Artigo 6.º, § 3.º, II, da Lei 8.987/95. Corte. Débitos antigos. Ilegalidade.* 1. Resoluções, ainda que tenham caráter normativo, não se enquadram no conceito de “tratado ou lei federal” inserido na alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição da República. 2. O princípio da continuidade do serviço público, assegurado pelo artigo 22 do CDC, deve ser obtemperado, ante a regra do artigo 6.º, § 3.º, II, da Lei 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes. 3. É indevido o corte do fornecimento de energia elétrica nos casos em que se trata de cobrança de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias por meio das vias ordinárias de cobrança, sob pena de se infringir o disposto no artigo 42 do CDC. 4. Recurso especial conhecido em parte e não provido” (REsp 952.877/RS, j. 21.08.2007, rel. Min. Castro Meira, DJU 03.09.2007, p. 162).

Em ambos os dispositivos, nota-se que a presença da expressão “no que couber” pode conduzir a uma interpretação que admita a possibilidade de afastar-se a aplicação do CDC nas hipóteses em que a matéria fosse objeto de norma específica do setor elétrico. Com o devido respeito a eventuais entendimentos diversos, entendemos que não pode ser esta a conclusão do intérprete. Não se pode perder de vista o caráter de ordem pública consagrado no artigo 1.º do CDC, com fundamento constitucional, cujo efeito mais elementar consagrado pelo ordenamento é justamente o caráter preferencial de suas disposições.³² *Ad argumentandum*, se qualquer conteúdo fosse retirado da expressão “ordem pública”, prevista no artigo 1.º do Código, sua eficácia mínima seria a de determinar a prioridade das normas nele incorporadas, em relação a quaisquer outras que se pretendesse aplicar ao caso.

A expressão “no que couber”, desse modo, a despeito de restar consignada em norma infralegal – decreto do Poder Executivo – e, portanto, não ter força normativa para restringir a aplicação de lei, parece conduzir não à restrição de aplicação do CDC a relações que ele originariamente se aplicaria. Ao contrário, a interpretação mais adequada dessas disposições indica que a aplicação das normas do Código tem pertinência a todas as relações jurídicas no âmbito da regulação do setor de energia elétrica, que se caracterizem como relações de consumo. Desse modo, todas as relações em que estejam presentes as figuras do consumidor e do fornecedor, assim como de produto ou serviço, de acordo com o âmbito de incidência que ele próprio definiu para si, em seus artigos 2.º e 3.º.

Isso retira do campo de aplicação do CDC, de imediato, agentes regulados do setor elétrico que não se enquadram na definição legal de consumidor, tais como os *autoprodutores*, *consumidores livres* ou *grandes consumidores*, cujo modo de aquisição e utilização da energia elétrica os afastado conceito de *destinatário final* eleito pelo CDC. Em grande medida, realiza o conceito de ordem pública econômica vigente na atualidade, de proteção do mais fraco.³³

Daí porque se pode concluir que se o CDC não se aplica a todos aqueles que contratam o serviço de energia elétrica, é igualmente correto afirmar que sua aplicação é necessária nas hipóteses em que estiver caracterizada a existência de uma relação de consumo e seus respectivos elementos. Nesse caso, não se deve cogitar a aplicação de outra norma ao universo de questões que, reguladas pela legislação de proteção do consumidor, dizem respeito apenas a essa relação. Com mais razão não se deverá cogitar de normas infralegais, emanadas pelo órgão regulador, como capazes de restringir a qualquer título – mesmo quando sob a alegação de que especificam o disposto em lei – as normas de proteção consagradas no CDC, e aplicáveis às relações entre o consumidor e as concessionárias fornecedoras.

3.2 MARCOS REGULATÓRIOS E DIREITO DO CONSUMIDOR

A delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada demandou uma intensa atividade legislante, inclusive com alterações na Constituição da República.³⁴ Tendo sua

32. MIRAGEM. O direito do consumidor como direito fundamental..., p. 113.

33. SALAH, Mohamed Mahmoud Mohamed. As transformações da ordem pública econômica. Rumo a uma ordem pública reguladora? *Filosofia do direito e direito econômico: que diálogo? Miscelâneas em honra de Georges Farjat*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 289-318.

34. O processo de desestatização tem relação direta com, no mínimo, quatro emendas à Constituição da República na década de 1990. A Emenda Constitucional n. 5 que permitiu a concessão da explo-

sede normativa no artigo 175 da Constituição,³⁵ a prestação de serviços públicos, ao mesmo tempo que teve facultada sua delegação ao particular, dispôs sobre exigências indissociáveis dessa mesma delegação. Assim é que, dentre outras providências, a Constituição remeteu à legislação ordinária a definição sobre quais os *direitos dos usuários* assim como, no que se constitui a *obrigação de adequação do serviço*.

Reafirmamos que, por certo, a regulação dos serviços públicos não visa ao atendimento exclusivo dos direitos do consumidor. Ao contrário, desde os primeiros estudos sobre o tema no direito brasileiro, resta assentada a identificação de diversos aspectos pertinentes a essa atividade. Nesse sentido propugnava Bilac Pinto,³⁶ identificando em relação ao que denomina-va *serviços de utilidade pública*,³⁷ aspectos de natureza política, social, administrativa, econômica, jurídica, financeira e econômica.

O controle e fiscalização do modo de prestação dos serviços públicos pelo Estado, apontado por esse estudo clássico, permanece praticamente o mesmo, sendo as espécies de regulamentação *puramente contratual* (através de normas no instrumento da delegação, o contrato de concessão), *por intermédio de comissões* (hoje substituídas pelas agências reguladoras), assim como pela *regulamentação direta* do Poder Público (através da atividade legislativa ou exercício do poder de polícia pelo Estado).³⁸

O modelo regulatório estabelecido na década de 1990, instituiu órgãos específicos para a atividade de regulação, as agências reguladoras.³⁹ Essas foram criadas no estio de uma reforma estrutural da Administração Pública – inspirada em modelo de forte influência norte-americana⁴⁰ – e surgem como resultado de um processo de descentralização administrativa, regulando

ração de gás canalizado; a Emenda Constitucional n. 6 que revogou o artigo 171 da Constituição, desfazendo a diferença entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, e estimulando a participação do investidor estrangeiro; a Emenda Constitucional n. 8 que permitiu os regimes de concessão, permissão e autorização da prestação de serviços de telecomunicações; e a Emenda Constitucional n. 9, que flexibiliza o regime de exploração do petróleo.

35. “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária; IV – a obrigação de manter serviço adequado”.
36. BILAC PINTO. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. 2. ed. Atualizada por Alexandre Santos Aragão. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 53 et seq.
37. Observa Alexandre Aragão, em suas notas de atualização ao estudo do Professor Bilac Pinto, que a expressão *serviços de utilidade pública* é utilizada pelo jurista mineiro, de modo indistinto do conceito de “serviço público”. Não considera assim, distinção doutrinária posterior entre os serviços de utilidade pública, tomados como atividades privadas sujeitas a autorizações administrativas funcionais, dos serviços públicos, entendidos como denominação reservada para as atividades de interesse coletivo titularizadas pelo Poder Público. BILAC PINTO. *Regulamentação efetiva...*, p. 23.
38. BILAC PINTO. *Regulamentação efetiva...*, p. 34 et seq.
39. Nesse sentido, referimos em nossos *Comentários...*, p. 732-733. Para exame aprofundado da natureza e função das agências reguladoras, veja-se: CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 65 et seq; JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, em especial. p. 51 et seq.
40. CUÉLLAR. *As agências reguladoras...*, p. 65 et seq.

a prestação de serviços públicos delegados e mesmo setores da atividade privada em que a intervenção do Estado é exigência do interesse público.

Este processo inaugura sua fase atual, com a edição da Lei 8.987/1995, que dispôs sobre o regime de concessão e delegação dos serviços públicos, que indicou em seu artigo 6.º, que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”. Mais do que isso, estabeleceu, em seu § 1.º, o exato sentido de *serviço adequado*, como sendo aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas”.

Convencionou-se denominar, em se tratando da regulação dos serviços públicos e a definição das normas jurídicas incidentes no desenvolvimento dessa atividade, a expressão *marco regulatório*, ou simplesmente *marco legal*. Diz respeito, fundamentalmente, ao arcabouço normativo que estabelece as regras principais às quais se submetem os agentes econômicos que realizam a atividade de prestação de serviço público. Em geral, possuem como característica singular o fato de possuírem baixa densidade normativa, fomentando a produção de normas setoriais infralegais, no âmbito do respectivo setor regulado, através da regulamentação administrativa de parte dos órgãos reguladores competentes.⁴¹

É possível, contudo, identificar no ordenamento jurídico brasileiro, não apenas um marco legal referencial da regulação de um determinado setor da atividade econômica. Ou mais especificamente, no caso dos serviços públicos, de lei exclusiva que regule uma determinada atividade. Assim, não parece razoável supor que às relações jurídicas decorrentes da delegação dos serviços de telecomunicações incida exclusivamente a Lei Geral de Telecomunicações, ou que às relações pertinentes ao setor elétrico incidam apenas as normas da Lei 9.427/95 e, mais recentemente, a Lei 10.848, de 15 de março de 2004. Inicialmente, considerando que ambas devem ser interpretadas em consonância com as disposições de uma terceira norma a qual necessariamente fazem referência, qual seja, a Lei de Concessões e Permissões. De outro modo, suas relações jurídicas não se esgotam na mera definição da relação entre os prestadores de serviços públicos e o Estado, mas deverão estabelecer-se, igualmente, entre esses prestadores e os destinatários finais dos serviços públicos, seus usuários ou consumidores. E, da mesma forma, não há porque desconsiderar as relações havidas pelos prestadores de serviço público entre si, dizendo respeito, por exemplo, à livre competição de mercado, em busca de novos consumidores e oportunidades para o aumento de seus ganhos econômicos.

Por essa razão, quando nos referimos ao *marco regulatório*, parece adequado identificá-lo, não como uma única lei, senão com todas aquelas que digam respeito às relações jurídicas básicas do setor regulado, relativamente a seus elementos essenciais. Quais sejam: a) a relação entre o prestador de serviço público e o Estado (quando tratar-se de serviço delegado); b) a relação dos prestadores de serviço público entre si; c) a relação entre os prestadores de serviço público e seus consumidores.

Essa distinção é possível, identificando-se a existência, em relação a cada setor econômico regulado, de *marcos regulatórios gerais* e *marcos regulatórios setoriais*. Os primeiros, dizem respeito, indistintamente, às relações jurídicas comuns aos diferentes serviços públicos prestados mediante delegação. Já os marcos setoriais são reconhecidos nas normas de previsão espe-

41. Nesse sentido, veja-se: ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras e independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, n. 148, p. 287. Brasília: Senado Federal, out.-dez. 2000. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 47-49.

cífica para um determinado setor regulado, como é o caso, já referido, da Lei Geral de Telecomunicações, ou das leis do setor de energia elétrica no Brasil.

3.2.1 Marcos regulatórios gerais

Como afirmamos, constituem os marcos regulatórios gerais, normas de caráter geral, incidentes sobre a atividade de prestação dos serviços públicos, tendo em consideração elementos específicos que, em razão de um critério especial, que pode inclusive ser estranho a relação jurídica de prestação de serviços públicos, incidem sobre a mesma por força dessa especialidade, ou mesmo do fundamento constitucional que encerram. São gerais, nesse sentido, porque se aplicam em todas as relações jurídicas que apresentem um determinada relação jurídica que constitui a razão de sua existência. Assim, em relação à atividade de prestação de serviços públicos, é correto identificá-los como normas que não se aplicam *apenas* a esta espécie de atividade, mas *inclusive* a ela, da série de *topos* normativos nos quais identifica a relação jurídica especial que define.

É o caso do Código de Defesa do Consumidor e da Lei 12.591/2011, de defesa da concorrência. Ambas com assento constitucional específico (artigo 5.º, XXXII, e artigo 173, § 4.º, da CF), têm por objeto a regulamentação de relações jurídicas que, em que pese *não se restrinjam* à atividade de prestação de serviços públicos, *também* são identificadas nessas, como é o caso da relação jurídica de consumo e a relação de competição de mercado pelos diferentes agentes econômicos ocupados de uma dada atividade.

As próprias legislações setoriais dos diferentes serviços públicos prestados sob o regime de delegação ao particular fazem referência a tais leis, como é o caso, por exemplo, do artigo 19 do Decreto 2.338, de 7 de outubro de 1997, que vincula a atuação da agência reguladora do setor de telecomunicações à aplicação do Código de Defesa do Consumidor e ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor estabelecido nos artigos 105 e 106,⁴² sem prejuízo da competência das agências, fixadas nas respectivas leis de criação.⁴³ No mesmo sentido, dispõe o artigo

42. Assim, o artigo 19, do Decreto 2.338/97: "Artigo 19. A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis 8.078, de 11 de setembro de 1990, e n. 9.472, de 1997".

43. Assim, por exemplo, o artigo 3.º, VIII e IX da Lei 9.427/96, com a redação determinada pela Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, que estabelece, em relação ao setor de energia elétrica, a competência da ANEEL para "(...) VIII – estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societária e à realização de negócios entre si;" e "IX – zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica (...)". No mesmo sentido, ainda, o inciso XIII, da mesma disposição, que estabelece a competência da Agência para "efetuar o controle prévio e *a posteriori* de atos e negócios jurídicos a serem celebrados entre concessionárias, permissionárias, autorizadas e seus controladores, suas sociedades controladas ou coligadas e outras sociedades controladas ou coligadas de controlador comum, impondo-lhes restrições à mútua constituição de direitos e obrigações, especialmente comerciais e, no limite, a abstenção do próprio ato ou contrato". Já no caso do setor de telecomunicações, a competência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, estabelecida na Lei 8.884/94, é preservada pelo artigo 7.º da Lei Geral de Telecomunicações: "Artigo 7.º As

127, da Lei Geral de Telecomunicações, que ao tratar dos serviços prestados sob o regime privado, indica taxativamente, o dever das prestadoras de respeitar os direitos dos consumidores.⁴⁴

Ao lado das legislações de proteção do consumidor e de defesa da concorrência, entretanto, é possível reconhecer ainda, como marco regulatório geral, a própria Lei 8.987/95, uma vez que a mesma, ao tempo que identifica seu âmbito de incidência nas delegações de serviço público sob regime de concessão e permissão, não distingue um determinado serviço, mas todos os suscetíveis dessa providência, sem deixar de reconhecer a possibilidade de regulamentar aspectos específicos da prestação de um determinado serviço público, às “normas legais pertinentes”.⁴⁵

Nesse caso, a Lei de Concessões, ao mesmo tempo que estabelece definições legais específicas a toda atividade de delegação de serviços públicos fundada no artigo 175 da Constituição da República (artigo 2.º), vai realizar o próprio mandamento constitucional presente no parágrafo único, inciso IV, desse mesmo artigo, ao precisar o conceito e as características do serviço adequado em seu artigo 6.º, §§ 1.º a 3.º: “(...) § 1.º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2.º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. § 3.º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I – motivada por razões

normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei. § 1.º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica. § 2.º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador”. Mantém a ANATEL, contudo, competência subsidiária, por força do artigo 19, XIX, do mesmo diploma legal. Já em relação ao poder de polícia administrativo de proteção do consumidor, o artigo 19, parágrafo único do Decreto 2.338/97, conserva com a ANATEL a competência privativa para imposição da maioria das sanções estabelecidas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, nos seguintes termos: “Parágrafo único. A competência da Agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuarão de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do artigo 56, VI, VII, IX, X e XI da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

44. Assim o artigo 127 da Lei 9.477/97: “A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir: I – a diversidade de serviços, o incremento de sua oferta e sua qualidade; II – a competição livre, ampla e justa; III – o respeito aos direitos dos usuários; IV – a convivência entre as modalidades de serviço e entre prestadoras em regime privado e público, observada a prevalência do interesse público; V – o equilíbrio das relações entre prestadoras e usuários dos serviços; VI – a isonomia de tratamento às prestadoras; VII – o uso eficiente do espectro de radiofrequências; VIII – o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes; IX – o desenvolvimento tecnológico e industrial do setor; X – a permanente fiscalização”.
45. Assim o artigo 1.º da Lei 8.987/95: “As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do artigo 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos”.

de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II – por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.⁴⁶

É possível identificar, mesmo entre as diferentes legislações que configuram os marcos regulatórios gerais da prestação de serviços públicos, uma complementaridade normativa, que se opera por intermédio de uma estrutura de aberturas ou ressalvas presente em suas disposições, acrescentando ou priorizando a aplicação das normas de uma norma específica, dentre as diversas envolvidas. Assim, por exemplo, o artigo 4.º da Lei 8.987/95, que ao dispor sobre o elenco de direitos dos usuários, ressalva a aplicação na hipótese, do Código de Defesa do Consumidor.⁴⁷ Nesse sentido, em relação aos direitos subjetivos dos usuários, estabelecidos na mencionada lei federal, é correto entender que os mesmos são acrescentados àqueles previstos no CDC, indicando a esta norma preferência de aplicação.

A norma correspondente, no microsistema normativo do CDC, vem a ser o artigo 7.º, que reconhece o caráter aberto do regime jurídico que institui, permitindo o acréscimo ao mesmo de outros direitos subjetivos ou vantagens consagrados nas diferentes legislações e fontes do direito.⁴⁸

46. Note-se, deste modo, que a interrupção dos serviços de distribuição de energia elétrica, como de resto dos serviços públicos sob a égide do CDC, só são admitidos nestas duas situações: a) por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, mediante prévio aviso; e b) por inadimplemento do usuário, no interesse da coletividade, o que é regulamentado no âmbito do marco regulatório e/ou pela regulamentação administrativa pertinente a cada serviço. Frise-se neste sentido, que não serve como escusa dos fornecedores de serviços públicos, a ocorrência de fenômenos climáticos previsíveis e periódicos, para elidir sua responsabilidade quanto a ausência do serviço, quando lhe seja tecnicamente possível, a custos razoáveis inseridos na equação econômica da concessão, adotar providências para minorar ou evitar os efeitos do evento. Da mesma forma, situações que se verificam como cotidianas – como é o caso do dano decorrente de suspensão e retorno da corrente elétrica em relação a aparelhos elétricos, inserem-se no risco econômico da concessão, devendo, sem sombra de dúvida, serem suportados pelo fornecedor-concessionário. Neste sentido, aliás, a própria Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL – editou as resoluções n. 61/2004 e 360/2009, visando regular procedimentos de ressarcimentos aos consumidores por danos elétricos. A vantagem deste procedimento administrativo é a relativa simplificação da demonstração do dano, assim como a rapidez do ressarcimento, o que nem sempre poderá ocorrer, considerando que o domínio técnico da avaliação do dano e eventual perícia é do fornecedor-concessionário. Contudo, o objeto da regulamentação administrativa é limitado a danos materiais, definidos como “lesão concreta que afeta o patrimônio do consumidor, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, de bens materiais que lhe pertencem em razão de perturbação do sistema elétrico”. O ressarcimento em questão se dá mediante reposição do aparelho danificado ou indenização em dinheiro, a ser requerido no prazo de 90 dias. Este procedimento administrativo, naturalmente não elimina ou limita o direito dos consumidores a indenização por danos materiais ou morais decorrentes da má-prestação do serviço, incluído não apenas o conceito limitado de perturbação do sistema elétrico definido na resolução administrativa (“modificação das condições que caracterizam a operação de um sistema elétrico fora da faixa de variação permitida para seus valores nominais, definidos nos regulamentos sobre qualidade dos serviços de energia elétrica vigentes”), mas toda a falha de fornecimento do serviço em questão. Da mesma forma, frise-se, o prazo para demandar judicialmente, uma vez que o dano em questão se caracteriza como fato do serviço, será de 5 anos (prazo prescricional previsto no artigo 27 do CDC).

47. Nesse sentido, o artigo 7.º, *caput*, da Lei 8.987/95: “Sem prejuízo do disposto na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários (...)”.

48. Assim, o artigo 7.º do CDC: “Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordiná-

3.2.2 Marcos regulatórios setoriais

Ao lado do que denominamos de *marcos gerais*, situam-se os marcos regulatórios setoriais, constituídos por legislações que, tendo em vista a regulamentação de um determinado setor da atividade econômica *stricto sensu* ou da prestação de serviço público, especifica regras atinentes ao mesmo, sobretudo em razão de elementos técnicos que lhe são inerentes ou sua relevância especial em termos políticos, econômicos ou sociais.

Assim ocorre, por exemplo, em relação à regulação da atividade financeira, cuja relevância econômica determina que a regulação do setor – incluindo normatização e fiscalização do mesmo – concentre-se no Banco Central do Brasil, no exercício da competência estabelecida pelos artigos 10 e 11 da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, a qual dispõe sobre o sistema financeiro nacional. Isso não impede, contudo, a identificação de outras legislações que se aplicam às relações jurídicas envolvendo o sistema financeiro, o que mais notadamente se observa com o próprio CDC.⁴⁹

Em relação ao setor de energia elétrica, a regulamentação do setor envolve fundamentalmente três normas federais definidoras da atividade, quais sejam: as Leis 9.074/95, 9.427/96 e a 10.848/2004. Isso, sem prejuízo de uma série de normas incidentes em determinadas fases, relativas a determinados aspectos do processo de produção, comercialização e consumo da energia elétrica.⁵⁰ No caso, é comum identificar um *modelo institucional do setor*,⁵¹ dispondo sobre as três atividades básicas do setor, de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

Ao mesmo tempo, a regulação do setor de energia elétrica caracteriza, ao longo da história brasileira, a preocupação dos sucessivos governos no aumento da oferta do serviço, o que foi observado, tanto como imperativo do desenvolvimento econômico, quanto melhoria da qualidade de vida da população.⁵² Em ambos os casos, as normas do setor encerraram a natureza de *política pública do Estado*, na qual são identificados aspectos de natureza econômica e social.

ria, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”. Sobre o tema tem se debruçado a doutrina sobre as influências recíprocas do CDC e outras leis, como no caso do Código Civil. Nesse sentido veja-se a *Introdução* de Cláudia Lima Marques, em nossos *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor...*, p. 20.

49. Refira-se, a respeito, a recente decisão do STF, na ADIn 2.591/DF, que consagrou a aplicabilidade do CDC às instituições bancárias, financeiras, de crédito e securitárias, determinando, dentre outros efeitos a subordinação do Banco Central a suas normas. A respeito, vejam-se os trabalhos publicados na coletânea publicada pelo Brasilcon: MARQUES/ALMEIDA/PFEIFFER. *A aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*. São Paulo: RT, 2006.
50. Nesse sentido, mencione-se, exemplificativamente, o Código de Águas (Decreto 26.234/34), e as Leis 5.655/71, 8.631/93, 9.478/97, 9.648/98, 9.991/2000, e 10.438/2000, assim como o volumoso conjunto de normas administrativas editadas por diferentes órgãos da Administração.
51. O modelo atual, após a vigência da Lei 10.848/2004, segundo assinalou a proposta do Ministério das Minas e Energia, contemplou como temas principais, os seguintes: 1) segurança do suprimento; 2) modicidade tarifária; 3) ambiente de contratação e competição na geração; 4) contratação de nova energia em ambiente de contratação regulado; 5) contratação de energia existente no ambiente de contratação regulado; 6) consumidores livres; 7) acesso a novas hidrelétricas por produtores independentes de energia; 8) novos agentes institucionais. *Modelo Institucional do Setor Elétrico*. Brasília: MME, 2003. p. 8.
52. Para um panorama do desenvolvimento do setor elétrico no Brasil, veja-se o estudo de ROLIM, Maria João Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 166-178.

Nesse sentido, é indissociável da atividade de regulação da energia um *sentido econômico*, encerrando elemento de grande importância em termos de *política econômica*. Daí porque, inclusive, a regulação do setor apresenta, conforme certo entendimento, a distinção entre uma atividade de *regulação geral, destinada a estabelecer parâmetros de qualidade do serviço público*⁵³ – regulação de interesse público –, e outra, *regulação econômica*, voltada para determinados aspectos do setor, e vinculados a objetivos e estratégias de natureza econômica, no que substitui, em parte, o regime concorrencial.⁵⁴

A existência de marcos setoriais específicos do setor, neste sentido, é considerado como instrumento essencial para eficiência da regulação dos serviços de infraestrutura de natureza pública,⁵⁵ como é caso da energia elétrica.⁵⁶ A atividade de regulação, assim, ao mesmo tempo em que previne as consequências decorrentes das chamadas *falhas de mercado*,⁵⁷ opera no sentido do desenvolvimento da própria atividade, em face de sua expressão estratégica do ponto de vista econômico e social.⁵⁸ Entretanto, a existência de marcos específicos dos diferentes setores não inviabiliza, por qualquer razão, a aplicação do CDC às relações de prestação de serviço público que se caracterizarem como relação de consumo.

53. *Idem*, p. 190.

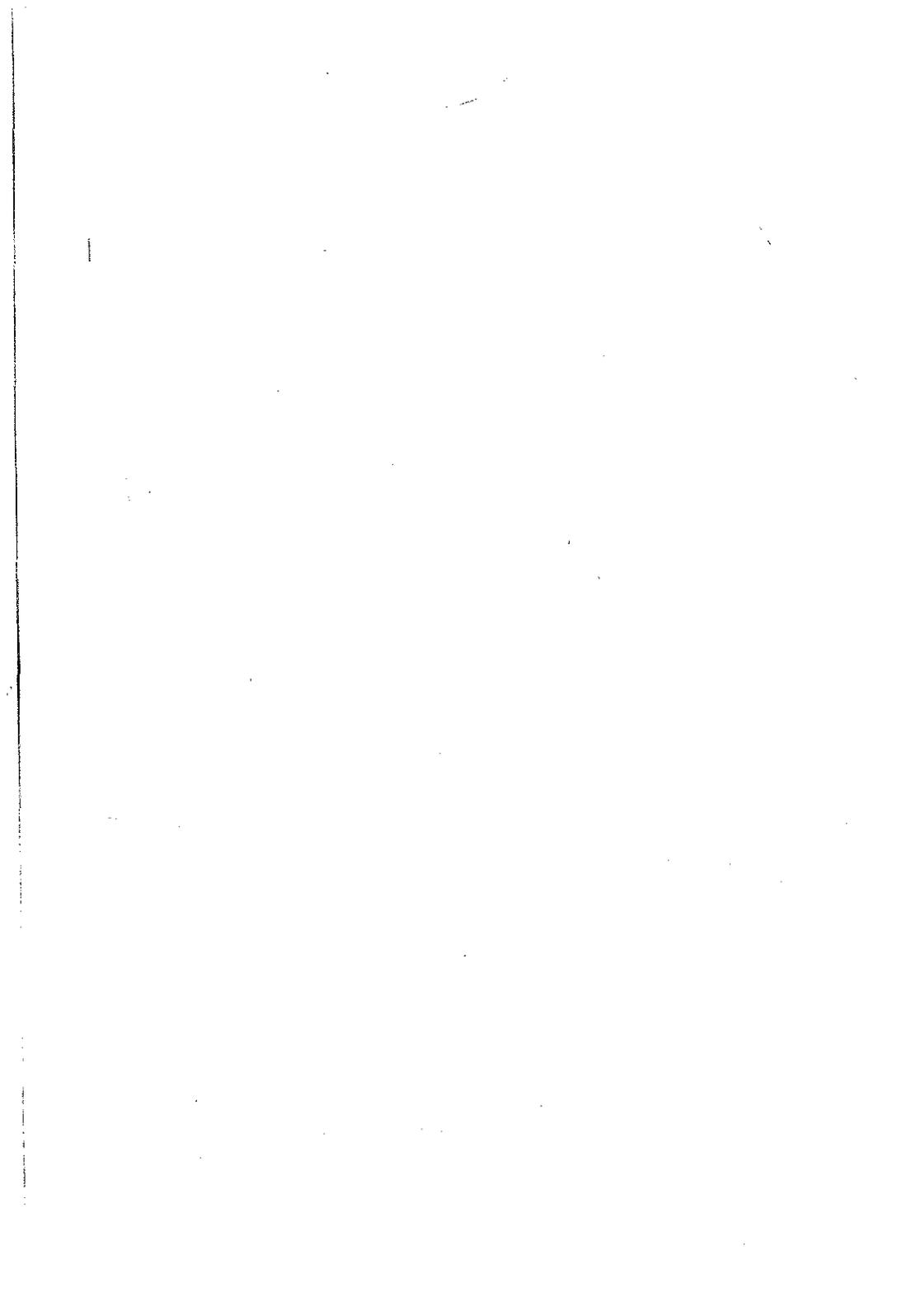
54. *Idem*, p. 191.

55. MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 75.

56. ROLIM. *Direito econômico da energia elétrica*, p. 195.

57. Segundo Ronaldo Porto Macedo Júnior, o conceito de falhas do mercado é o que possui um maior grau de consenso, independente de posição filosófica ou ideológica, dentre os defensores do consumerismo. MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*, p. 285.

58. Neste sentido, veja-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica. Princípios e fundamentos jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 135 et seq.



SANÇÕES ADMINISTRATIVAS: GÊNESE E APLICAÇÃO

4

SUMÁRIO: 4.1 Sanções objetivas – 4.2 Sanções subjetivas – 4.3 Sanções pecuniárias.

As sanções decorrentes do processo administrativo de defesa do consumidor têm seu elenco estabelecido no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor e tem a finalidade precípua assegurar a efetividade do direito do consumidor.¹ São elas: a) pecuniárias; b) objetivas e c) subjetivas.² Distingue-se por se constituírem da imposição de multa (*pecuniárias*), serem relativas a produtos ou serviços (*objetivas*), ou ainda relativas à atividade do fornecedor (*subjetivas*). Sua aplicação deve observar, naturalmente, prévio processo administrativo, em que se oportunize o contraditório e a ampla defesa do acusado³ da infração contra os direitos do consumidor.⁴ Note-se que, na esteira da noção de devido processo administrativo, não se há de

1. RÊGO, Lúcia. *A tutela administrativa do consumidor*. São Paulo: RT, 2007. p. 143 *et seq.*

2. DENARI. *Código brasileiro e defesa do consumidor comentado...*, p. 566.

3. "Processual civil. Recurso ordinário em mandado de segurança. Procon. Multa. Ausência do devido processo legal. Precedentes. 1. Recurso ordinário em mandado de segurança oposto contra acórdão que manteve aplicação de multa pelo Procon por ter a recorrente suprimido o fornecimento de energia elétrica a fornecedor, por certo lapso de tempo. 2. Anteriormente à aplicação de sanção pecuniária, deve o Procon oferecer oportunidade de defesa ao suposto infrator, o que, *in casu*, não se verificou. 3. Precedente desta Corte Superior. 4. Recurso provido" (STJ, RMS 21.519/RN, j. 03.10.2006, rel. Min. José Delgado, DJU 13.11.2006 p. 225).

4. "Administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Interrupção no fornecimento de energia elétrica. Falta de pagamento de tarifa. Aplicação de multa pelo Procon. Procedimento legal para aplicação da penalidade. Princípio do devido processo legal. Observância. Preenchimento dos requisitos formais do ato administrativo. Análise de redução do valor da multa. Inadequação da via eleita. Precedentes. 1. É obrigação da recorrente o fornecimento a todos os seus consumidores de um serviço seguro, adequado e eficiente. No caso vertente, comprovou-se que o serviço não foi oferecido adequadamente, tendo sido exigido do consumidor vantagem manifestamente excessiva, constituindo prática abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor. 2. O procedimento administrativo formal que gerou a aplicação da penalidade foi absolutamente respeitado, permitindo à recorrente a realização de sua defesa, sem ofensa alguma ao princípio constitucional do devido processo legal e seus desdobramentos: princípios do contraditório e da ampla defesa. 3. O mesmo se diga em relação à alegada nulidade do auto de infração pela não obediência aos requisitos essenciais na sua formalização. O artigo 48 do Decreto 2.181/97, que dispõe sobre as normas gerais para aplicação de sanções administrativas, é claro ao consignar que a inobservância de forma não acarretará a nulidade do ato se não houver prejuízo para a defesa. 4. Não é possível se analisar o pedido alternativo para redução

considerar, na ausência de resposta do fornecedor, a produção de eficácia qualquer, nem analogicamente, à eficácia como a da revelia, própria do processo judicial.⁵

Este procedimento, de sua vez, em nível federal, encontra-se amplamente regulado pelo Decreto 2.181/97.⁶ Da mesma forma, considere-se que a imposição de sanção não prescinde que a violação de direito do consumidor invocada esteja prevista como infração,⁷ como é o caso das hipóteses relacionadas no artigo do Decreto 2.181/97.⁸

Antes de adentrarmos no exame de cada uma delas, entretanto, cabe afirmar que em face do disposto no Decreto 2.181/97, afora as penalidades de multa, apreensão do produto e imposição de contrapropaganda, as demais, na hipótese de existir a órgão normativo ou regulador da atividade econômica do fornecedor infrator (as agências reguladoras, e.g.), deverão ser submetidas à confirmação por este órgão, como condição para sua eficácia (artigo 18, § 3.º).

Isto não quer dizer, contudo, que os órgãos de defesa do consumidor não possam aplicar sanções sobre setores regulados por outros órgãos públicos, como é o caso dos serviços públicos cuja competência se atribui às agências reguladoras, ou atividades econômicas controladas e fiscalizadas por órgãos com competência específica, como é o caso da atividade bancária e financeira (pelo Banco Central do Brasil)⁹ e os seguros privados (pela Superintendência dos Seguros Privados). Não se confundem, assim, atribuições de fiscalização e controle, visando a finalidades diversas de interesse público, e a competência de defesa do consumidor, que surge em vista da situação fática do produto ou serviço ser colocado no mercado de consumo.¹⁰

do valor da multa, pois na via estreita do mandado de segurança não se admite dilação probatória. 5. Recurso não provido" (STJ, RMS 21.677/RN, j. 01.03.2007, rel. Min. José Delgado, DJU 22.03.2007, p. 283).

5. STJ, RMS 12.105/PR, j. 03.03.2005, rel. Min. Franciulli Neto, DJU 20.06.2005, p. 174.
6. Artigos 33 a 55 do Decreto 2.181/97. Para detalhes do procedimento administrativo, remeto ao nosso: MIRAGEM, Bruno. *Defesa administrativa do consumidor no Brasil...*, já citado.
7. "Direito administrativo. Recurso ordinário em mandado de segurança. Procon. Aplicação de multa no exercício do poder de polícia. Princípio da legalidade. Ausência de tipicidade da infração. 1. O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração. 2. Recurso ordinário provido" (STJ, RMS 19.510/GO, j. 20.06.2006, rel. Min. Teori Zavascki, DJU 03.08.2006, p. 202).
8. Assim, os artigos 12, 13 e 22 do Decreto 2.181/97, que tipificam diversas espécies de infrações administrativas relativas à violação dos direitos dos consumidores.
9. "Administrativo. Poder de polícia. Aplicação de multa pelo Procon à empresa pública federal. Possibilidade. 1. A proteção da relação de consumo pode e deve ser feita pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC – conforme dispõem os artigos 4.º e 5.º do CDC, e é de competência do Procon a fiscalização das operações, inclusive financeiras, no tocante às relações de consumo com seus clientes, por incidir o referido diploma legal. 2. Recurso especial não provido" (STJ, 2.ª T., REsp 1.103.826/RN, j. 23.06.2009, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 06.08.2009).
10. Neste sentido decidiu o STJ: "Administrativo e consumidor – Publicidade enganosa – Multa aplicada por Procon a seguradora privada – Alegação de bis in idem, pois a pena somente poderia ser aplicada pela SUSEP – Não ocorrência – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC – Possibilidade de aplicação de multa em concorrência por qualquer órgão de defesa do consumidor, público ou privado, federal, estadual, municipal ou distrital. 1. A tese da recorrente é a de que o Procon não teria atribuição para a aplicação de sanções administrativas às seguradoras privadas, pois, com base no Decreto n. 73/66, somente à SUSEP caberia a normatização e fiscalização das operações de capitalização. Assim, a multa discutida no caso dos autos implicaria verdadeiro bis in idem e enriquecimento sem causa dos Esta-

Já no que se refere às infrações a direitos dos consumidores, que se configuram, ao mesmo tempo, infrações à ordem econômica e ao direito da concorrência, deve-se lembrar que a violação às normas de proteção do consumidor confirmam a competência dos órgãos administrativos de defesa do consumidor.¹¹

Da mesma forma, note-se que a sanção administrativa, com fundamento no artigo 56, do CDC, não se confunde com a indenização devida aos consumidores lesados pelas práticas infrativas aos direitos estabelecidos na lei. Neste sentido, seja a existência de decisão em ação indenizatória, ou mesmo a composição judicial, pela via de acordo entre as partes, não elimina a possibilidade de aplicação e cobrança de multa administrativa, cuja natureza de penalidade não se confunde com o ressarcimento de eventuais vítimas da infração,¹² sendo cabível tanto em relação a violação de direitos de um consumidor individualmente considerado ou da coletividade de consumidores.¹³

dos, uma vez que a SUSEP é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda; enquanto que o Procon, às Secretarias de Justiça Estaduais. 2. Não se há falar em *bis in idem* ou enriquecimento sem causa do Estado porque à SUSEP cabe apenas a fiscalização e normatização das operações de capitalização pura e simples, nos termos do Decreto n. 73/66. Quando qualquer prestação de serviço ou colocação de produto no mercado envolver relação de consumo, exsurge, em prol da Política Nacional das Relações de Consumo estatuída nos artigos 4.º e 5.º do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC que, nos termos do artigo 105 do Código de Defesa do Consumidor é integrado por órgãos federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal, além das entidades privadas que têm por objeto a defesa do consumidor. Recurso ordinário improvido” (RMS 26.397/BA, 2.ª T., j. 01.04.2008, rel. Min. Humberto Martins, DJe 11.04.2008). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1112893/RJ, rel. Min. Sérgio Kukina, 1.ª T., j. 02.10.2014, DJe 17.10.2014.

11. “Mandado de segurança. Revendedora de combustíveis. Dumping. Multa aplicada pelo Procon. Legitimidade. Violação caracterizada. Ordem denegada. I – Trata-se de mandado de segurança impetrado pela ora recorrida, visando anular a multa aplicada pelo Procon em decorrência da prática de dumping no âmbito da revendedora de combustíveis, originada de denúncia feita pelo Sindicato Varejista. II – Não há como se afastar a legitimidade do Procon na hipótese *sub judice*, tendo em conta, principalmente, a determinação contida no Código de Defesa do Consumidor no sentido de coibir de forma eficiente todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal. III – Recurso provido, com a denegação da ordem” (STJ, REsp 93.8607/SP, j. 04.09.2007, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 08.10.2007, p. 234).
12. “Processual civil e administrativo – Recurso ordinário em mandado de segurança – Multa imposta pelo Procon a concessionária por corte indevido de energia elétrica – Observância ao devido processo legal – Direito a defesa prévia: Inexistência – Reparação do dano – Formalidade do ato administrativo – Artigo 48 do Decreto 2.181/97 – Revisão do quantum: Improriedade. 1. Inexistente violação ao devido processo legal quando a autuada é intimada de todos os atos praticados no procedimento administrativo. 2. A lei não garante à infratora o direito à apresentação de defesa prévia à imposição da penalidade. 3. Segundo o artigo 56 da Lei 8.078/90, a reparação, na esfera judicial, por parte do fornecedor, não obsta a aplicação das sanções, que têm por objetivo a punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo. 4. Não se reconhece a nulidade do auto de infração se as irregularidades apontadas não causarem prejuízo à defesa (artigo 48 do Decreto 2.181/97). 5. Em sede de mandado de segurança não é possível verificar a razoabilidade ou não da multa aplicada em face da gravidade da infração cometida. Precedentes desta Corte. 6. Recurso improvido” (STJ, RMS 22241/RN, 2.ª T., j. 07.11.2006, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 20.11.2006). No mesmo sentido o REsp 1164146/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 02.03.2010.
13. “Processual civil. Consumidor. Embargos à execução fiscal. Multa aplicada pelo Procon. Competência do Procon. 1. O entendimento do Tribunal de origem, de que o Procon não possui competência para aplicar multa em decorrência do não atendimento de reclamação individual, não está em conformidade com a orientação do STJ. 2. A sanção administrativa prevista no art. 57 do Código de Defesa do Consumidor funda-se no Poder de Polícia – atividade administrativa de ordenação

4.1 SANÇÕES OBJETIVAS

As sanções administrativas que determinam providências relativas a produtos ou serviços no mercado de consumo são as estabelecidas nos incisos II, III, IV, V e VI, do artigo 57 do CDC, quais sejam: apreensão, inutilização, cassação do registro, proibição de fabricação, ou suspensão do fornecimento de produtos ou serviços. Distingue sua aplicação, a natureza do direito violado – o que vai determinar a adequação da medida à prevenção ou diminuição de danos aos consumidores. O artigo 58 do CDC, neste sentido, prevê o elenco de sanções a serem aplicadas (ao lado da revogação da concessão ou permissão, se for o caso), nas hipóteses de *vício de quantidade ou qualidade*, por *inadequação*¹⁴ ou *insegurança* do produto ou serviço.

A decisão da sanção a ser aplicada, neste sentido, dependerá, em primeiro da observação pela autoridade administrativa sobre qual seja a mais adequada para preservação do direito dos consumidores. A atuação administrativa, neste caso, estará estritamente vinculada a este fim de interesse público, não devendo avançar para além do necessário a preservação destes direitos. Assim, por exemplo, sendo factível que a apreensão do produto, por si, preserva direitos dos consumidores em face da natureza do defeito identificado, não se há de concluir pela inutilização do mesmo, o que não acrescentaria em nada a efetiva proteção do consumidor. A determinação da sanção administrativa aplicável, nos limites da legislação, não desobriga a autoridade administrativa de preservar o a razoabilidade e racionalidade da sua decisão.

Isto porque as sanções objetivas, embora configuradas como penalidade na esfera administrativa à infração de direito dos consumidores, tem por finalidade principal a proteção dos consumidores em relação a danos ocasionados pela utilização de produtos ou serviços. Eventual constrangimento econômico do infrator, com finalidade punitiva, deve ser reconhecido, de acordo com a sistemática da lei, à sanção pecuniária de multa administrativa.

Outra sanção administrativa estabelecida no artigo 56, XII, do CDC, é a imposição de contrapropaganda, cujas hipóteses de aplicação são indicadas no artigo 60 da Lei. Este prevê sua aplicação quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva (artigo 36 e ss. do CDC). Ao contrário das demais sanções subjetivas, cujo objeto revela uma providência negativa do fornecedor infrator, caracterizada como um *não fazer* (suspensão, intervenção ou interdição das atividades), a contrapropaganda caracteriza-se pela imposição de uma providência positiva daquele que promoveu a publicidade ilícita.

– que o Procon detém para cominar muitas relacionadas à transgressão dos preceitos da Lei 8.078/1990, independentemente de a reclamação ser realizada por um único consumidor, por dez, cem ou milhares de consumidores. 3. O CDC não traz distinção quanto a isso, descabendo ao Poder Judiciário fazê-lo. Do contrário, o microsistema de defesa do consumidor seria o único a impedir o saneamento administrativo por infração individual, de modo a legitimá-lo somente quando houver lesão coletiva. 4. Ora, há nesse raciocínio clara confusão entre legitimação para agir na Ação Civil Pública e Poder de Polícia da Administração. Este se justifica tanto nas hipóteses de violações individuais quanto nas massificadas, considerando-se a repetição simultânea ou sucessiva de ilícitos administrativos, ou o número maior ou menor de vítimas, apenas na dosimetria da pena, nunca como pressuposto do próprio Poder de Polícia do Estado. 5. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 1523117/SC, rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª T., j. 21.05.2015, DJe 04.08.2015).

14. O conceito legal de inadequação é estabelecido no artigo 18, § 6.º, do CDC, que segundo referem Arruda Alvim et alii, é norma de significativa amplitude. ARRUDA ALVIM. *Código do Consumidor comentado...*, p. 275.

O conteúdo da sanção é determinado pelo artigo 60, § 1.º, do CDC, e caracteriza-se pelo dever imposto ao fornecedor infrator de divulgar “na mesma forma, frequência e dimensão, e preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa e abusiva”. As disposições dos §§ 2.º e 3.º do mesmo artigo, que determinavam à Administração Pública a execução da medida, foram vetadas pelo Presidente da República, sob o argumento de que a imposição de contrapropaganda, sem que se estabelecessem parâmetros legais precisos, poderia dar ensejo a abusos que poderia, inclusive, redundar na paralisação da atividade empresarial.¹⁵

Das sanções administrativas previstas pelo CDC, certamente a imposição de contrapropaganda é das que suscita maiores dificuldades de aplicação. É incontroversa a possibilidade de limitação da atividade publicitária, o que é reconhecido pela própria Constituição da República em seu artigo 220, § 4.º. Todavia a limitação constitucional indica expressamente os setores afetados à limitação. Neste sentido, a imposição legal de proteção contra a publicidade abusiva ou enganosa poderia ensejar questionamento quanto à sua constitucionalidade.

No que se refere à publicidade enganosa, sua identificação e sanção através de processo administrativo de defesa do consumidor não oferece maiores problemas, uma vez que a atuação administrativa se restringe em verificar a presença da informação falsa ou a indução a esta (*enganosa comissiva*), ou ainda a ausência de dado essencial da peça publicitária que induza o consumidor a erro (*enganosa por omissão*).¹⁶ Neste sentido, a atuação da autoridade administrativa é restrita à observação de elementos objetivos. Ainda que, em alguns casos o critério da *essencialidade* de uma determinada informação submeta-se ao juízo discricionário da autoridade, a fundamentação da decisão faz com que seja perfeitamente possível verificar sua regularidade.

Em se tratando da publicidade abusiva, todavia, dadas as dificuldades conhecidas de precisão e determinação do conceito, sua verificação para os fins de imposição da sanção de contrapropaganda oferece alguns desafios. É abusiva, no sentido que lhe determina o artigo 37, § 2.º, do CDC, dentre outras, “a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial a sua saúde ou segurança”.

As hipóteses de caráter exemplificativo, indicadas no CDC, são meramente informativas de determinados limites à atividade criativa da atividade publicitária. O que no âmbito constitucional permite identificar a necessidade de composição do direito fundamental à liberdade de expressão e outros de mesmo *status*, inclusive a necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana.

A dificuldade maior situa-se no controle administrativo da atividade publicitária, em se tratando da sua *abusividade*, dado o caráter aberto do conceito legal.¹⁷ Benjamin assinala que o

15. DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, p. 570-571.

16. BENJAMIN, Antonio Herman. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, p. 282 et seq.; No mesmo sentido: MARQUES. *Contratos...*, 4. ed., p. 627 et seq.

17. No Brasil, é conhecida a atividade de autorregulamentação publicitária através do Conselho Nacional de Autorregulamentação publicitária – CONAR, formado por agentes do mercado publicitário, dentre os quais: anunciantes, veículos de comunicação e agências de publicidade. Pois, pelo que se depreende da “jurisprudência” daquele órgão, também o controle privado do mercado tem dificuldades para a avaliação do conteúdo da publicidade abusiva além dos critérios legais. Dos casos indexados pelo CONAR, os critérios utilizados são os mesmos do artigo 37, § 2.º, do CDC.

direito ainda não logrou identificar um critério infalível para a determinação deste conceito. Indica tratar-se de uma noção plástica, em formação, a qual, por um critério residual "em matéria de publicidade patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que não seja enganoso".¹⁸

O exame pela autoridade administrativa das hipóteses de publicidade abusiva fora do rol exemplificativo indicado no artigo 37, § 2.º, se realizado, reclamará a fundamentação exaustiva sobre as razões da decisão. Sobretudo porque, em se tratando de abusividade, a intervenção do poder público é exceção ao exercício da liberdade criativa pelo publicitário. A limitação constitucional da atividade publicitária é exaustiva quando refere determinados produtos que podem sofrer restrição.¹⁹ Ao mesmo tempo determina que esta se dê através de lei. Daí porque, em se tratando do controle da publicidade abusiva pelos órgãos de defesa do consumidor, como obstáculo ao exercício da liberdade criativa, só podem prevalecer razões de caráter objetivo. Estas, de sua vez, devem ser demonstradas de modo inequívoco no processo administrativo e, evidentemente, na explicitação dos motivos da decisão administrativa que este suportar.²⁰

4.2 SANÇÕES SUBJETIVAS

À exceção da sanção de revogação ou concessão de uso, as sanções subjetivas previstas no CDC, e que afetam a realização da atividade do fornecedor infrator, serão aplicadas apenas nas hipóteses de reincidência, conforme estabelece o artigo 59 do Código. São consideradas sanções subjetivas, previstas no artigo 56, as seguintes: *suspensão temporária da atividade* (inciso VII); *revogação da concessão ou permissão de uso* (inciso VIII), *cassação da licença do estabelecimento ou de atividade* (inciso IX), *interdição total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade* (inciso X); *intervenção administrativa* (inciso XI); e *imposição de contrapropaganda* (inciso XII).

O artigo 59 do Código indica que as sanções de cassação do alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade, bem como a de intervenção administrativa, serão aplicadas apenas quando "o fornecedor reincidir na prática das infrações de maior gravidade", previstas no próprio CDC e na legislação de consumo em geral. Dois requisitos são pressupostos da aplicação destas sanções: a) *o fato da reincidência do fornecedor*; b) *que esta reincidência se refira a infrações de maior gravidade*.

Percebe-se que a reincidência do fornecedor é elemento necessário à aplicação, pela autoridade, das sanções subjetivas indicadas no artigo 59. E havendo ação judicial em que se discuta a imposição da penalidade, a norma exclui a consideração do caso para efeito da identificação da reincidência, até o trânsito em julgado da pendência. Já o Dec. 2.181/97 define reincidência em seu artigo 27, como "a repetição de prática infrativa, de qualquer natureza, às normas de defesa do consumidor, punida por decisão administrativa irrecurável". Estabelece,

18. Afirma ainda a tentativa da Suprema Corte norte-americana, sem muito sucesso, estabelecer alguns parâmetros ao conceito de abusividade, considerando abusivo "aquilo que ofende à ordem pública (*public policy*), o que não é ético ou o que é opressivo ou inescrupuloso, bem como o que causa dano substancial aos consumidores". Antonio Herman Benjamin *et alli*, *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, p. 297.

19. O artigo 220, § 4.º, da Constituição da República refere a possibilidade de restrição, através de lei, da publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias.

20. E, sem prejuízo da fundamentação mais bem articulada do ato administrativo que imponha a sanção, as chances de revisão judicial do ato e sua anulação são imensas, dado o alto grau de subjetividade envolvido no conceito, fora das hipóteses previstas no artigo 37, § 2.º.

contudo, o prazo de cinco anos (a ser contado da data da decisão administrativa definitiva da primeira infração até a decisão da segunda) como período máximo para caracterização da reincidência prevista no CDC (artigo 27, parágrafo único).

Mas para além disto, a norma indica que não basta tal reincidência, mas que ela se dê em relação às *infrações de maior gravidade*. Este conceito – tendo em vista a diversidade dos direitos subjetivos consagrados pelo Código ao consumidor – não tem uma expressa definição da norma. Ao contrário, o exame comparativo dos diversos direitos, ou mesmo das infrações penais cominadas no CDC (artigos 61 a 80), não permite a identificação do grau de lesividade ou gravidade das mesmas. Em relação às ultimas poderia se indicar – em analogia com o direito penal – o critério da pena cominada como critério para aferir maior ou menor gravidade da conduta. De todo modo, considerando o caráter relativo da expressão *maior gravidade* (algo só é maior ou menor do que determinado paradigma), o método proposto não seria tecnicamente adequado.

O conceito de *maior gravidade*, assim, só tem como ser preenchido satisfatoriamente de modo discricionário pela autoridade administrativa, que para tanto deverá fundamentar seu juízo.

De outro modo, a imposição das sanções de natureza subjetiva, além dos critérios expressos na lei, devem obedecer aos mesmos critérios de eficiência da defesa dos direitos dos consumidores que referimos quando do exame das sanções objetivas. Ou seja, a intervenção estatal na atividade econômica do fornecedor apenas se justifica como meio de garantir a tutela de direitos dos consumidores. O que preside a atuação administrativa nestes casos, é a melhor garantia e efetivação dos direitos do consumidor, o que de resto se exige a partir do próprio princípio da eficiência da Administração.

Isto pode ser mais bem observado nos critérios legais indicados para a imposição da sanção de intervenção administrativa (artigo 59, § 2.º). Refere o dispositivo legal que “a pena de intervenção administrativa será aplicada sempre que as circunstâncias de fato desaconselharem a cassação da licença, a interdição ou a suspensão da atividade”. A norma remete à Administração, para que decida se as circunstâncias do caso “desaconselham” ou não a imposição das outras sanções. Havendo, da autoridade o entendimento – devidamente justificado – de que as sanções de cassação, interdição ou suspensão não são adequadas, faculta-lhe a imposição da intervenção.

Todavia, entenda-se que qualquer espécie de intervenção estatal na atividade privada é exceção ao princípio da livre iniciativa, previsto no artigo 170, *caput*, e parágrafo único, da Constituição da República. Neste sentido, não só a intervenção administrativa, como as demais sanções que limitem ou impeçam o exercício da atividade pelo particular configuram medidas extremas, cuja imposição deve passar pelo crivo criterioso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.²¹

21. Ambos, razoabilidade e proporcionalidade são princípios expressos do processo administrativo (artigo 2.º, *caput*, da Lei 9.784/99). A razoabilidade refere-se a adequação da discricionariedade do administrador a *standards* médios da comunidade. O que, em certa medida, no direito civil desde há muito se construiu como o conceito de homem médio, como um padrão, uma paradigma de conduta. Proporcionalidade, de outro modo, dizem com o mandamento de adequação das medidas administrativas e os fins perseguidos pela mesma, o que e termos legislativos se observa no artigo 2.º, parágrafo único, IV, da Lei 9.784/99, que expressamente refere a necessidade de adequação entre meios e fins e a expressa vedação a que se imponham obrigações, restrições e sanções em medida superior ao estritamente necessário ao atendimento do interesse público.

No que refere à pena de cassação da concessão, o artigo 59, § 1.º, do CDC indica que a sanção será aplicada à concessionária de serviço público, nas hipóteses de violação de obrigação legal ou contratual. Em relação às obrigações legais, observe-se que o próprio Código, em seu artigo 22, estabelece tais serviços como relações de consumo. Inclusive indica aos fornecedores dos mesmos, além da observação genérica dos direitos dos consumidores previstos na lei, que em relação aos serviços públicos, estes sejam adequados, eficientes e seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.²² O parágrafo único do artigo 22, de sua vez, remete ao regime de responsabilidade do Código eventuais infrações aos direitos por ele garantidos.

4.3 SANÇÕES PECUNIÁRIAS

A imposição de multa pecuniária é ato consagrado no direito administrativo. Segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles, trata-se de espécie de ato punitivo a que se sujeita o administrado, a título de compensação, por dano presumido da infração.²³ No que refere à defesa administrativa do consumidor, está prevista como espécie de sanção no artigo 56, I, do CDC.

O artigo 57, de sua vez, estabelece critérios legais para graduação do valor da multa. Aponta três parâmetros, quais seja, a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor. A mesma disposição determina então, em seu parágrafo único, os limites mínimo e máximo da mesma, estabelecendo que seu montante será “nunca inferior a duzentos e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (UFIR) ou índice equivalente que venha a substituí-lo”. Da mesma forma, pode norma estadual ou municipal, no seu âmbito de competência, fixar critérios para aplicação de sanção, de modo coerente com a norma federal.²⁴

22. Sobre a aplicação do CDC aos serviços públicos, veja-se o item 5.4.3, da Parte I desta obra. O critério eleito na doutrina e jurisprudência brasileira, sob influência do consagrado estudo de Adalberto Pasqualotto sobre o tema, submetem-se ao regime do CDC os serviços públicos que, na classificação de Hely Lopes Meirelles classificam-se como serviços públicos *uti singuli*, em regra prestados mediante taxa ou tarifa. Assim manifesta-se ilustre o professor gaúcho: “A disciplina correta dos serviços públicos protegidos pelo CDC deve considerar a interrelação existente com a disciplina desses mesmos serviços no direito constitucional e no direito administrativo. Segundo esses parâmetros, não são abrangidos no CDC os serviços públicos próprios, prestados *uti universi* diretamente pelo Estado, mantido pelos tributos gerais, porque falta-lhes, sob a ótica do Código do Consumidor, o requisito da remuneração específica. Segundo esse mesmo critério, os serviços públicos impróprios, prestados direta ou indiretamente pelo Estado ou, ainda, por meio da concessão, autorização ou permissão, estão sob a tutela do CDC, porque remunerados pelo pagamento específico de taxas ou tarifas”. PASQUALOTTO, Adalberto. *Os serviços públicos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 145. No mesmo sentido, veja-se o item 5.4.3, da Parte I, do presente trabalho.

23. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*..., p. 191.

24. Decidiu o STJ: “(...) 1. É autoaplicável o art. 57 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, não dependendo, consequentemente, de regulamentação. Nada impede, no entanto, que, por decreto, a União estabeleça critérios uniformes, de âmbito nacional, para sua utilização harmônica em todos os Estados da federação, procedimento que disciplina e limita o poder de polícia, de modo a fortalecer a garantia do *due process* a que faz jus o autuado. 2. Não se pode, *prima facie*, impugnar de ilegitimidade portaria do Procon estadual que, na linha dos parâmetros gerais fixados no CDC e no decreto federal, classifica as condutas censuráveis administrativamente e explicita fatores para imposição de sanções, visando a ampliar a previsibilidade da conduta estatal. Tais normas reforçam a segurança jurídica ao estatufrem padrões claros para o exercício do poder de polícia, exigência dos

A sanção pode se aplicar a tantas situações de violação dos direitos do consumidor.²⁵ Na prática, contudo, os órgãos de defesa do consumidor enfrentam dificuldades na aplicação segura dos critérios indicados na lei, devidamente embasados em dados técnicos. As circunstâncias e características da infração cometida raras vezes permitem a quantificação da vantagem do fornecedor (sobretudo porque em maior ou menor grau será uma vantagem presumida). Do mesmo modo, a gravidade da infração e a condição econômica do infrator servem, no mais das vezes, de argumentos para fundamentação do juízo discricionário da autoridade, mas dificilmente como elementos objetivos ou específicos, de modo a auxiliar a fixação do *quantum*.

Aplicada a multa após regular procedimento administrativo, não sendo paga no prazo fixado ao infrator, deve ser inscrita em dívida ativa, seguindo sua execução as regras próprias da execução fiscal.

Os recursos recolhidos a título de multa,²⁶ quando no âmbito federal, são destinados pelo artigo 57 do CDC ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos previsto na Lei 7.347/85, o qual tem por finalidade “a reparação dos danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e outros interesses difusos e coletivos” (artigo 1.º da Lei 9.005/95 e Decreto 1.306/94).²⁷

princípios da impessoalidade e da publicidade. Ao fazê-lo, encurtam, na medida do possível e do razoável, a discricionariedade administrativa e o componente subjetivo, errático com frequência, da atividade punitiva da autoridade (...)” (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1.261.824/SP, 2.ª T., j. 14.02.2012, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 09.05.2013).

25. “Processual civil. Consumidor. Embargos à execução fiscal. Multa aplicada pelo Procon. Competência do Procon. 1. O entendimento do Tribunal de origem, de que o Procon não possui competência para aplicar multa em decorrência do não atendimento de reclamação individual, não está em conformidade com a orientação do STJ. 2. A sanção administrativa prevista no art. 57 do Código de Defesa do Consumidor funda-se no Poder de Polícia – atividade administrativa de ordenação – que o Procon detém para cominar multas relacionadas à transgressão dos preceitos da Lei 8.078/1990, independentemente de a reclamação ser realizada por um único consumidor, por dez, cem ou milhares de consumidores. 3. O CDC não traz distinção quanto a isso, descabendo ao Poder Judiciário fazê-lo. Do contrário, o microsistema de defesa do consumidor seria o único a impedir o sancionamento administrativo por infração individual, de modo a legitimá-lo somente quando houver lesão coletiva. 4. Ora, há nesse raciocínio clara confusão entre legitimação para agir na Ação Civil Pública e Poder de Polícia da Administração. Este se justifica tanto nas hipóteses de violações individuais quanto nas massificadas, considerando-se a repetição simultânea ou sucessiva de ilícitos administrativos, ou o número maior ou menor de vítimas, apenas na dosimetria da pena, nunca como pressuposto do próprio Poder de Polícia do Estado. 5. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 1523117/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.ª Turma, j. 21.05.2015, DJe 04.08.2015).
26. A exigibilidade destes recursos é garantida juridicamente, na hipótese do não pagamento pelo fornecedor infrator, pela inscrição em dívida ativa, para subsequente cobrança executiva, conforme estabelece o artigo 55 do Dec. 2.181/97.
27. O Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, regulamentado pelo Decreto 1.306/94, é gerido de modo colegiado através de um Conselho Federal Gestor, integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, composto por membros de órgãos federais, do Ministério Público Federal e de entidades civis constituídas a pelo menos um ano e que tenham dentre suas finalidades institucionais a proteção de um dos bens jurídicos os quais o fundo tem por objetivo oferecer reparação (artigo 5.º, I e II da Lei 7.347/85). A disciplina do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos estabelece a prioridade de reparação específica do dano causado pela infração a direitos difusos protegidos, quando isto for possível (artigo 7.º, parágrafo único). Todavia, havendo concurso de créditos decorrentes de infrações a direitos difusos recolhidas ao Fundo e indenizações de prejuízos individuais resul-

No caso dos valores oriundos de multas arrecadadas por infração a direito dos consumidores, o artigo 30 do Decreto 2.181/97 determina sua destinação ao financiamento de projetos relacionados com os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, com a defesa dos direitos básicos do consumidor e com a modernização administrativa dos órgãos públicos de defesa do consumidor, depois de aprovados pelo Conselho Gestor. Já em relação aos valores resultantes de sanções dos órgãos municipais e estaduais de defesa do consumidor, assiste aos respectivos entes federados a faculdade de criar fundos próprios de proteção do consumidor no âmbito de suas respectivas competências. Neste sentido, o artigo 31 do Decreto 2.181/97 estabelece que na falta de fundos municipais os recursos reverterão em favor dos Estados e, na falta destes, ao Fundo Federal mencionado.

tantes do mesmo evento, estes prejuízos terão, segundo o artigo 99 do CDC, preferência para pagamento (artigo 8.º, *caput*), ficando sustada a destinação dos valores recolhidos ao Fundo enquanto pendentes as ações individuais.

DIREITO PENAL DO CONSUMIDOR

A proteção normativa do direito do consumidor admite, no microsistema previsto no CDC, a previsão de normas de direito privado, direito processual, direito administrativo e, no que se refere às condutas criminais no âmbito das relações de consumo, a previsão de normas penais específicas. A Constituição da República, ao consagrar o direito fundamental de defesa do consumidor, conferiu ao Estado a tarefa de promovê-la, pelas distintas formas de proteção estatal, inclusive pela criminalização de condutas lesivas ao bem jurídico decorrente desta expressa previsão constitucional. É de lembrar-se, a respeito, a lição de Luiz Régis Prado, para quem são suscetíveis de proteção penal todos os direitos do cidadão consagrados no texto constitucional.¹ Da mesma forma, o direito penal contemporâneo, neste sentir, é chamado a responder o desafio de acautelar-se com relação aos riscos da vida moderna, mediante uma técnica penal adequada, por intermédio da previsão de normas penais em branco, tipos abertos, e o estabelecimento de punição para tipos penais abstratos e culposos.²

Em nosso sistema, contudo, a proteção do consumidor por intermédio de normas penais não foi isenta de críticas. Como assinala José Geraldo Brito Filomeno, houve de diversos setores representativos de fornecedores, críticas à previsão de tipos penais referindo condutas no âmbito do direito do consumidor.³

Da mesma forma, segundo relato do mesmo autor, a tarefa de eleição e determinação das condutas a serem tipificadas não foi isenta de dificuldade. Ao contrário. Considerando que as normas penais previstas nos artigos 61 a 80 do CDC são espécies de crimes denominados crimes econômicos ou contra a economia popular, sua previsão necessitou decidir quanto a um aspecto principal, qual seja: a previsão exaustiva das espécies e normas penais relativas a crimes econômicos no âmbito da ampla legislação extravagante, ou apenas de alguns aspectos relativos às relações de consumo. Como refere Filomeno, o entendimento preponderante foi o de prever no CDC apenas tipos penais relativos às condutas e demais aspectos previstos na própria lei,⁴ sobretudo diante da enorme dificuldade de reunir em uma só lei, todas as demais normas que determinam tipos penais relativos à proteção, por exemplo, da economia popular, das relações de consumo ou da saúde pública.

Do ponto de vista histórico, desde a primeira legislação penal brasileira, o Código Criminal de 1830, alguns tipos penais foram previstos visando a repressão de crimes que se realizavam

1. PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2004. p. 98.

2. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal econômico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima, 1997, p. 24.

3. FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed. São Paulo: RT, p. 662-663.

4. *Idem*, p. 650.

no mercado, como é o caso do estelionato.⁵ Assim, por exemplo, a tipificação, como estelionato, “a troca de cousas que se deverem entregar, por outras diversas”. Da mesma forma, o Código Penal de 1890, no início da República, estabelecerá, pioneiramente, dentre os crimes contra a tranqüilidade pública (Título III), os crimes contra a saúde pública (Capítulo III), protegendo a este título, aqueles que adquiriam produtos desta espécie.⁶ Já no século XX, diversas normas foram editadas visando a repressão de delitos cometidos no mercado, de que é exemplo mais célebre a Lei de Usura (Decreto 22.626, de 7 de abril de 1933), assim como o Decreto 22.796, de 1º de junho de 1933, relativo à fraude de alimentos.

O Código Penal de 1940 ampliou esta proteção, até então vinculada à proteção dos direitos da parte, identificando-os com os interesses da comunidade como os crimes de estelionato e outras fraudes (artigos 171 a 174),⁷ o crime de fraude no comércio, previsto no artigo 175,⁸

5. Veja-se, a respeito, as observações de: PAULA PESSOA, V. A. *Código Criminal do Império do Brasil Annotado*. Rio de Janeiro: Livraria Popular, 1877. p. 416-424.

6. PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Edição histórica. São Paulo: RT, 2001.

7. Assim, os artigos 171 a 174 do CP: “*Estelionato*: Artigo 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa. § 1º Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no artigo 155, § 2º Nas mesmas penas incorre quem: *Disposição de coisa alheia como própria*: I – vende, permuta, dá em pagamento, em locação ou em garantia coisa alheia como própria; *Alienação ou oneração fraudulenta de coisa própria*: II – vende, permuta, dá em pagamento ou em garantia coisa própria inalienável, gravada de ônus ou litigiosa, ou imóvel que prometeu vender a terceiro, mediante pagamento em prestações, silenciando sobre qualquer dessas circunstâncias; *Defraudação de penhor*: III – defrauda, mediante alienação não consentida pelo credor ou por outro modo, a garantia pignoratícia, quando tem a posse do objeto empenhado; *Fraude na entrega de coisa*: IV – defrauda substância, qualidade ou quantidade de coisa que deve entregar a alguém; *Fraude para recebimento de indenização ou valor de seguro*: V – destrói, total ou parcialmente, ou oculta coisa própria, ou lesa o próprio corpo ou a saúde, ou agrava as consequências da lesão ou doença, com o intuito de haver indenização ou valor de seguro; *Fraude no pagamento por meio de cheque*: VI – emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento. § 3º A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência. *Duplicata simulada*: Artigo 172. Emitir fatura, duplicata ou nota de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado. Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrerá aquele que falsificar ou adulterar a escrituração do Livro de Registro de Duplicatas. *Abuso de incapazes*: Artigo 173. Abusar, em proveito próprio ou alheio, de necessidade, paixão ou inexperiência de menor, ou da alienação ou debilidade mental de outrem, induzindo qualquer deles à prática de ato suscetível de produzir efeito jurídico, em prejuízo próprio ou de terceiro: Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa. *Induzimento à especulação*: Artigo 174. Abusar, em proveito próprio ou alheio, da inexperiência ou da simplicidade ou inferioridade mental de outrem, induzindo-o à prática de jogo ou aposta, ou à especulação com títulos ou mercadorias, sabendo ou devendo saber que a operação é ruínoza: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa”.

8. Assim, o artigo 175 do CP: “*Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor*: I – vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II – entregando uma mercadoria por outra: Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. § 1º Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de ou outra qualidade: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa. § 2º É aplicável o disposto no artigo 155, § 2º”.

assim como os crimes contra a saúde pública, previstos nos artigos 272 a 280 da codificação penal, e outros que podem ser cometidos no curso de uma relação de consumo, como é o caso do crime de moeda falsa, entre outros (artigos 289 e ss.). Mais recentemente, a Lei 12.653, de 28 de maio de 2012, tipifica como crime prática usual de hospitais e clínicas de saúde, caracterizada pela exigência ou condicionamento de prestação de garantia para prestação de serviço de atendimento médico-hospitalar de emergência, introduzindo novo tipo penal por intermédio do artigo 135-A do Código Penal. Vale anotar, contudo, que a opção pela criminalização da conduta do fornecedor pela Lei 12.653/2012 revela um claro aspecto simbólico. A própria pena prevista para o crime, (detenção de três meses a um ano e multa), é, na prática, irrelevante. Nesse sentido, embora conceitualmente vá ao sentido contrário à redução do papel do direito penal do consumidor, ao prever novo tipo penal específico, mantém-se, assim como os demais crimes contra as relações de consumo, dentre os de menor potencial ofensivo. Ainda assim, lembre-se que a função do direito penal do consumidor é de proteção de toda a sociedade com respeito aos crimes relativos às relações de consumo, à proteção do bem jurídico *relação de consumo*, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado e a determinação constitucional de sua proteção.

Resulta positivo da nova lei o dever de informação ao consumidor por intermédio de cartaz dentro do estabelecimento hospitalar, em lugar visível, com os seguintes dizeres: “Constitui crime a exigência de cheque-caução, de nota promissória ou de qualquer garantia, bem como do preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial, nos termos do art. 135-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal.” Esta iniciativa, por si, pode cumprir função de esclarecimento pré-contratual ao consumidor, e mesmo constituir em razão para o desestímulo da prática definida expressamente como ilícita da exigência de garantia, conforme previsto na própria lei.⁹

Ao lado destas normas previstas no Código Penal, estabelece o CDC novos tipos penais. Contudo, a correta compreensão e aplicação das normas penais previstas no CDC é a que o situa no contexto de diversas outras leis cuja finalidade mediata ou imediata é a punição dos chamados delitos econômicos.¹⁰ Assim, é preciso ter em consideração a Lei 1.521/51, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, a Lei Delegada 4/62, sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, artigo 7º da Lei 8.137/90, e ainda aspectos específicos previstos como contravenções na Lei 8.245/91 (sobre locações prediais urbanas) e nos artigos 50 a 52 da Lei 6.766/79 (sobre loteamentos), assim como os crimes contra a ordem financeira, previstos nas Leis 4.595/64 e 7.492/86, assim como os previstos Lei 8.176/91 (abastecimento de combustíveis), Lei 7.802/89, que disciplina o comércio de agrotóxicos (artigos 15 e 16), Leis 9.695/98 (adulteração ou falsificação de medicamentos) e 9.677/98 (que altera o tipo dos crimes contra a saúde pública do Código Penal) e, finalmente, os previstos na Lei 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

9. Para o tema, veja-se o nosso: MIRAGEM, Bruno. Lei 12.653, de 28 de maio de 2012, que acresce o artigo 135-a ao decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código penal, para tipificar o crime de condicionar o atendimento médico-hospitalar emergencial a qualquer garantia, e dá outras providências. *Revista de direito do consumidor*, v. 83, p. 303 e ss. São Paulo: RT, julho-setembro/2012.

10. Para uma síntese histórica das normas penais pertinentes à proteção do consumidor no direito brasileiro e no antigo direito lusitano, veja-se: ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes contra as relações de consumo*. Artigo 7º da Lei 8.137/90. Curitiba: Juruá, 2007. p. 71-82.

Em especial, as normas penais do CDC devem ser observadas em conjunto com as previstas na Lei 8.137/90, que ao lado de outras espécies de delitos econômicos, tipifica em seu artigo 7º, os crimes contra as relações de consumo, a saber: “Constitui crime contra as relações de consumo: I – favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores; II – vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; III – misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os demais mais alto custo; IV – fraudar preços por meio de: a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto; c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado; d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços; V – elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais; VI – sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação; VII – induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária; VIII – destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros; IX – vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”. Para tais crimes estabelece pena de detenção, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

Já no que tange ao requisito subjetivo do tipo, estabelece o parágrafo único do artigo 7º, que os tipos previstos nos incisos II, III e IX, admite a punição em sua modalidade culposa, hipótese em que se reduz a pena de detenção de 1/3 (um terço) ou a de multa à quinta parte.

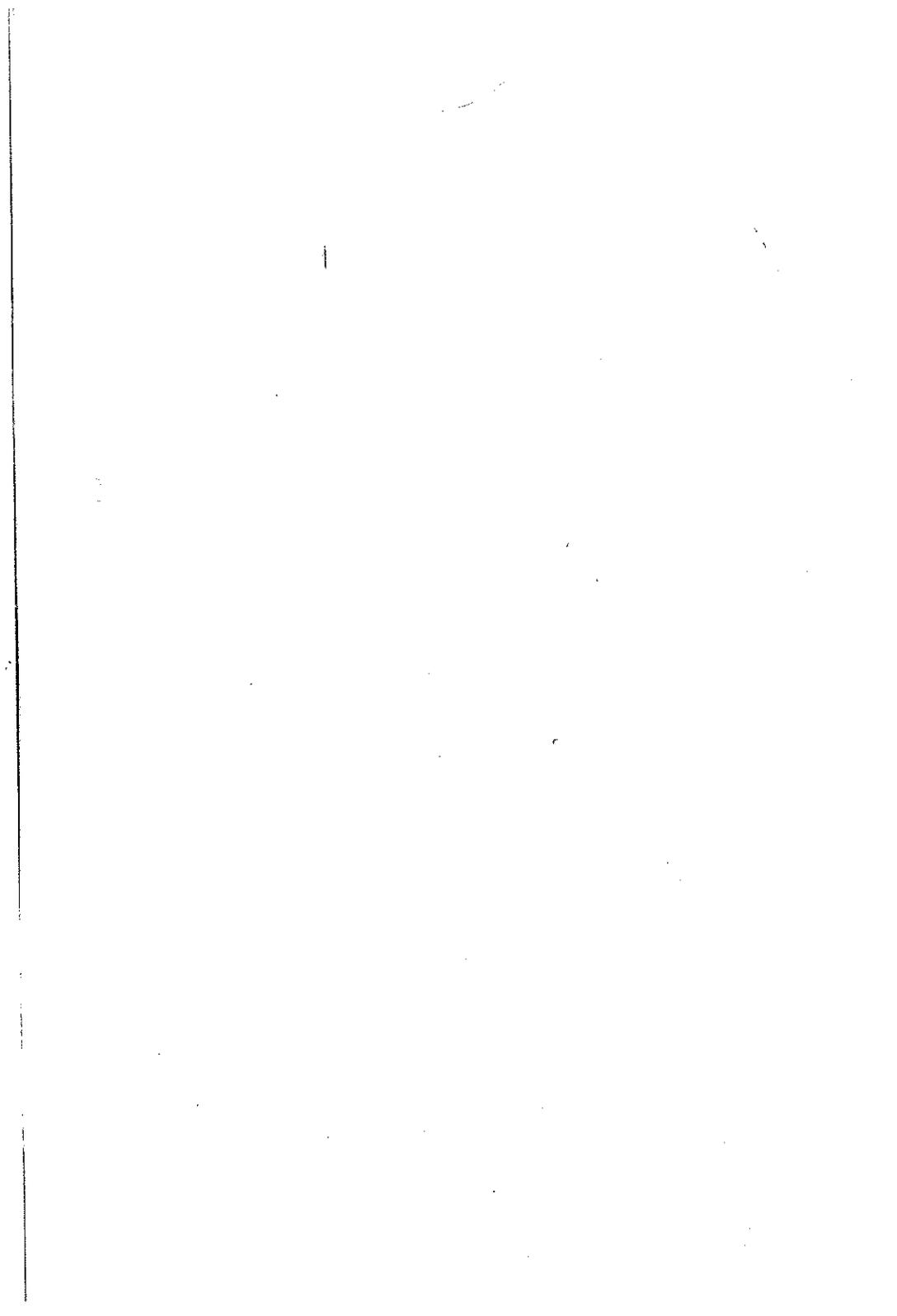
O bem jurídico tutelado pelas normas penais insertas no CDC é a *relação de consumo*.¹¹ Trata-se, pois, de parte do direito penal econômico, cujas normas penais visam a tutela do bem jurídico ordem econômica. Neste sentido, noticia Zanellato, que o critério proposto, ainda em 1977, pelo Comitê Europeu para os Problemas Criminais, do Conselho da Europa, considera abrangidos pelo direito penal econômico, dentre outros, os seguintes tipos de infrações: “formação de cartéis, abuso do poder econômico pelas empresas multinacionais, infrações fiscais, infrações cambiais, infrações contra os consumidores, concorrência desleal, publicidade enganosa e violação das normas de segurança e saúde”.¹² Note-se que pela noção de bem jurídico penal é considerada em relação àqueles que se caracterizam como imprescindíveis para assegurar as condições de vida, desenvolvimento e paz social.¹³ A delimitação dos bens jurídicos

11. Luciano Antonio Herman Benjamin, In: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 895. No mesmo sentido: LECEY, Eládio. Autoria singular e coletiva nas infrações contra o ambiente e as relações de consumo. *Revista da AJURIS*, v. 28, n. 68, p. 36-49. Porto Alegre, nov. 1996.
12. ZANELLATO, Marco Antônio. O direito penal econômico e o direito penal de defesa do consumidor como instrumentos de resguardo da ordem pública econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 5, p. 152-153. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./1993.
13. PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 70.

supraindividuais, dado seu caráter difuso, surgem – é fora de dúvida – como um importante desafio ao direito penal que, até seu surgimento – ocupava-se da identificação de bens jurídicos ligados diretamente ao indivíduo, como é o caso da vida, do patrimônio ou da liberdade.¹⁴ Note-se, como já tivemos a oportunidade de afirmar na primeira parte desta obra, que as relações de consumo, ou seja, a circunstância dos indivíduos tomarem parte de relações de consumo ao mesmo tempo em que interagem no mercado de consumo, é pressuposto de rigorosa necessidade no atual estágio do desenvolvimento histórico da humanidade, marcado pelo triunfo da denominada sociedade de consumo de massas. Deste modo, há de se considerar que o CDC, ao fixar as definições relativas aos elementos da relação de consumo, como consumidor, fornecedor, produto e serviço, é base conceitual para definição de crimes contra as relações de consumo previstos nos tipos penais nele fixados, e informativo – embora não vinculante – da interpretação e aplicação de outras normas, em especial, da Lei 8.137/90.

O direito penal do consumidor, neste sentido, funda-se no princípio da especialidade, reconhecido no direito penal, segundo o qual a existência de norma penal especial derroga o tipo mais amplo, previsto em norma penal que, por isso, se considera geral. Como observa Rogério Greco, “em determinados tipos penais incriminadores há elementos que os tornam especiais em relação a outros, fazendo com que, havendo uma comparação entre eles, a regra contida no tipo especial se amolde adequadamente ao caso concreto, afastando, desta forma, a aplicação da norma geral”.¹⁵ Há na norma penal especial, neste sentido, elementos que a especificam, restringindo seu alcance mediante previsão de características da conduta, finalidade ou bem jurídico tutelado, a estabelecer uma distinção especializante em relação a tipo penal mais amplo, que em relação a algum destes critérios descreva-os de modo mais abrangente. A existência de uma norma penal especial (e conseqüentemente, de um tipo penal especial) tem preferência, segundo o princípio da especialidade, em relação à norma penal geral.¹⁶ Daí deriva a origem, a partir da prescrição normativa de tipos penais específicos de tutela das relações de consumo, do direito penal do consumidor.

-
14. BUSTOS RAMÍREZ, J. Perspectivas atuais do direito penal econômico. *Fascículos de Ciências Penais*, n. 4. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., abr.-jun. 1991. p. 3-15.
15. GRECO, Rogério. *Curso de direito penal – parte geral*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 30-31.
16. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 166.



FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NA REPRESSÃO AOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

1

A função do direito penal no tocante às relações de consumo, é a proteção do bem jurídico *relação de consumo*. Como refere Antonio Herman Benjamin, trata-se a relação de consumo de “um bem jurídico autônomo (no cotejo com outros bens jurídicos), supraindividual (que vai além da pessoa do consumidor individual) e imaterial (não tem realidade material-naturalística)”.¹ Neste sentido, nota-se que a proteção penal do consumidor, em certo sentido, existe desde antes da própria existência da relação de consumo, sob a definição de diversos tipos legais, como os relacionados na Lei 1.521/51, ou na Lei Delegada 4/62, por exemplo. A definição do bem jurídico *relação de consumo*, assim, tem a função de estabelecer – no mesmo momento de surgimento e organização do direito do consumidor como disciplina jurídica autônoma –, um conceito integrativo das normas penais relativas aos interesses abrangidos pela definição, que se não está expressamente prevista, resta devidamente caracterizada pela definição de seus elementos essenciais (sujeitos e objeto).

O fato de se tratar de bem jurídico supraindividual, do mesmo modo, autoriza o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da desnecessidade da utilização das categorias do direito penal tradicional, estabelecendo a distinção entre crimes de perigo abstrato e concreto, em vista da natureza do dano decorrente do ilícito, que se caracteriza como *dano supraindividual*. Esta natureza supraindividual do bem jurídico protegido pelas normas penais no direito do consumidor, exige do intérprete e aplicador da norma a compreensão de que os sujeitos passivos nela previstos serão: tanto a *coletividade de consumidores*, quanto o *consumidor individualmente considerado*.

A função do direito penal do consumidor, assim, é de proteção de toda a sociedade com respeito aos crimes relativos às relações de consumo, e à proteção do bem jurídico *relação de consumo*, a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado e a determinação constitucional de sua proteção.

O direito penal do consumidor tem sua sede em duas normas: no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e *contra as relações de consumo*. Daí porque o exame da repressão penal dos crimes de consumo tenha de levar em consideração os tipos penais estabelecidos em ambos os diplomas legais, identificando em cada um deles os parâmetros que orientam a previsão normativa destes tipos penais, quais sejam: a especialização dos tipos penais específicos de proteção do bem jurídi-

1. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 895.

co *relação de consumo*; a harmonização destes tipos penais com outras normas penais existentes; a punição de delitos considerados graves por intermédio da repressão penal, quando se considere insuficiente a resposta oferecida pelas sanções administrativas e pela indenização civil, assegurando o caráter preventivo das condutas, em vista da efetividade das normas de proteção do consumidor.²

2. ZANELATO, Marco Antônio. *O direito penal econômico e o direito penal de defesa do consumidor como instrumentos de resguardo da ordem pública econômica*, p. 157.

TIPOLOGIA DOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO: CDC E LEI 8.137/90

2

SUMÁRIO: 2.1 Os tipos penais na Lei 8.137/90: 2.1.1 Favorecimento ou preferência, sem justa causa, de comprador ou freqüês; 2.1.2 Venda ou exposição à venda de mercadoria com embalagem ou especificações em desacordo com as prescrições legais; 2.1.3 Mistura de gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para venda ou exposição como puros ou de mais alto custo; 2.1.4 Fraude a preços; 2.1.5 Elevação indevida do valor cobrado nas vendas a prazo; 2.1.6 Sonegação de insumos ou bens para fins de sonegação; 2.1.7 Indução do consumidor ou usuário a erro; 2.1.8 Destruição, inutilização ou dano de matéria-prima ou mercadoria para provocar alta de preço; 2.1.9 Venda, depósito ou exposição para venda de mercadoria ou matéria-prima impróprias para o consumo - 2.2 Competência para processar e julgar os crimes contra as relações de consumo.

A relação entre os tipos penais previstos no CDC e os relacionados na Lei 8.137/90 é necessária. Isto porque, a legislação que define os crimes contra a ordem tributária, financeira e as relações de consumo, estabelece tipos penais plenamente afetos à realidade do mercado de consumo, ainda que sem a utilização uniforme da terminologia fixada no CDC. Antonio Herman Benjamin faz referência à existência de *crimes de consumo próprios* e *crimes de consumo impróprios*, sendo esta última categoria que abrangê os crimes acidentalmente de consumo e os crimes reflexamente de consumo. Com relação aos *crimes acidentalmente de consumo*, consideram-se aqueles definidos pela legislação penal como tipos cujas condutas descritas podem se dar em qualquer situação, havendo ou não relação jurídica pré-existente. Contudo, o fato de que ocorram eventualmente no âmbito de uma relação de consumo, ou que tenham no consumidor individual ou na coletividade de consumidores o sujeito passivo de sua realização, vão caracterizar-se como crimes *acidentalmente de consumo*. Será o caso dos crimes de homicídio ou lesões corporais culposos (artigos 121, § 3.º, e 129, § 6.º, do CP), os de perigo para a vida ou saúde (artigo 132 do CP), estelionato (artigo 171 do CP) fraude no comércio (artigo 175 do CP), ou as infrações de medida sanitária preventiva (artigo 268 do CP). Os *crimes reflexamente de consumo*, de sua vez, são aqueles dos quais, apenas mediata ou indiretamente, decorre a proteção do consumidor e a relação de consumo. É o caso dos tipos penais previstos na legislação sobre crimes financeiros, contra a ordem econômica, ou contra a economia popular. Nestes casos, da proteção dos bens jurídicos específicos ali estabelecidos, decorre de modo indireto, a proteção do consumidor considerado individualmente e como coletividade, uma vez que os efeitos da norma em questão contribuem necessariamente com o respeito e satisfação dos legítimos interesses destes sujeitos.

Os crimes de consumo próprios amparam direta e imediatamente o consumidor, em uma relação de consumo.¹ Dizem respeito à violação de deveres por partes dos fornecedores e consumidores, identificados como tais, de acordo com a definição legal do CDC. Já os crimes de consumo impróprios, que durante largo tempo foram a única previsão normativa em direito penal, para a proteção do consumidor, incluem a tipos penais previstos em outras leis, que adotam uma tipologia flexível,² sem expressa referência aos sujeitos definidos no CDC – consumidor e fornecedor – mas com vista a sua proteção por intermédio do estabelecimento de tipos penais pela proteção do mercado e da ordem econômica em geral.

Todavia, a relação entre as duas normas – CDC e Lei 8.137/90 –, não é isenta de críticas. Seu fundamento reside na falta de uniformidade terminológica assim como pela excessiva gravidade das penas impostas, em especial no artigo 7.º da Lei 8.137/90.³ Há autores, mesmo, que criticam como desnecessários alguns tipos penais de proteção do consumidor.⁴ Por outro lado, há críticas quanto à técnica legislativa do legislador, tanto do CDC, quanto da Lei 8.137/90, acerca da utilização indevida de conceitos indeterminados na formulação dos tipos penais,⁵ e mesmo em relação ao caráter assistemático da previsão normativa dos diversos tipos penais em distintas legislações.⁶

Outra crítica recorrente no que tange ao direito penal do consumidor, é que suas normas estariam em contradição ao princípio da mínima intervenção que preside a moderna interpretação do direito penal contemporâneo. Neste sentido, sustenta-se que as penas fixadas para os crimes de consumo, por um lado, seriam demasiado severas (penas de reclusão de até quatro anos, previstas pelo CDC), e de outro lado, não obedeceriam à necessária gradação das condutas e sua distinção em vista do potencial lesivo para a coletividade (em especial no que tange à Lei 8.137/90, que em seu artigo 7.º, estabelece a mesma pena para todas as condutas ali descritas, de detenção de dois a cinco anos, ou multa).

Contudo, embora respeitáveis as críticas formuladas, com elas não concordamos. Em primeiro lugar, porque a compreensão do bem jurídico *relações de consumo*, tutelado pelos crimes estabelecidos no CDC e no artigo 7.º da Lei 8.137/90, o qual deve ser observado como espécie de bem jurídico supraindividual. Aliás, neste particular é de mencionar que a própria identificação do bem jurídico-penal *relações de consumo* decorre de perene evolução do direito penal econômico, evoluindo gradativamente da tutela da economia popular para a proteção da ordem econômica até o reconhecimento das relações de consumo como realidade inserida no conceito maior de ordem econômica e digna de tutela penal específica.⁷ Não se há, contudo, de

1. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 898.

2. *Idem*, p. 896.

3. Neste sentido, veja-se: WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei 8.078/90 à Lei 8.137/90 e as consequências dos “tropeços do legislador”. *Revista Jurídica*, n. 336. Porto Alegre: Nota Dez, out. 2005, p. 77-98.

4. TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção do consumidor. *Fascículos de Ciências Penais*, n. 4. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1991. p. 49.

5. Assim, Antonio Cezar Lima da Fonseca em seu sólido estudo sobre o direito penal do consumidor: FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito penal do consumidor. Código de Defesa do Consumidor e Lei 8.137/90*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 37.

6. ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes contra as relações de consumo. Artigo 7.º da Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 114.

7. SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor. Perspectiva criminológica e penal. *Revista dos Tribunais*, n. 675. São Paulo: Ed. RT, jan./1992, p. 315-330; PASSARELLI, Eliana. Dos

confundir-se a tutela penal das relações de consumo com a tutela penal da economia popular ou da própria ordem econômica. A economia popular e a ordem econômica abrangem conceitos mais amplos, de poder econômico e de mercado, que não comportam apenas a relação fornecedor-consumidor, própria das relações de consumo, podendo-se nela verificar antagonismo dos agentes econômicos entre si ou destes em relação aos consumidores.⁸ Portanto, não apenas atinge a coletividade, como também tem em consideração todas as circunstâncias existentes no mercado, que possam afetar de algum modo os consumidores. Isto faz com que a interpretação dos crimes de consumo não se limite apenas aos tipos penais que observem as definições exatas do CDC (artigos 2.º e 3.º),⁹ senão de todos aqueles que mediata ou imediatamente tutelam as relações de consumo desde suas múltiplas perspectivas, seja em consideração da proteção imediata do consumidor, ou de modo reflexo, por intermédio da proteção do mercado, da livre concorrência, dentre outros.

Da mesma forma, não se perca de vista que todos os tipos penais estabelecidos pelo CDC são crimes de menor potencial ofensivo, de acordo com o disposto no artigo 61 da Lei 9.099/95.¹⁰ Neste sentido, nos crimes em que a pena máxima prevista seja igual ou menor de dois anos, não havendo previsão de procedimento especial, são passíveis de transação penal,¹¹ uma vez observados os requisitos estabelecidos pelo artigo 76 da mesma Lei.¹²

Do exame dos tipos penais previstos no artigo 7.º da Lei 8.137/90 verifica-se que as espécies normativas ali estabelecidas dizem respeito, tanto a crimes cuja previsão protege direta-

crimes contra as relações de consumo, p. 161.

8. PRADO, Luis Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 36-37.
9. No mesmo sentido: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 893-894; FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 665-666. Em sentido contrário: WUNDERLICH. *Sobre a tutela penal...*, p. 95.
10. "Artigo 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa".
11. Antes da alteração da norma do artigo 61 da Lei 9.099/95, em 2006, os crimes de menor potencial ofensivo eram os que a lei estabelecia a pena máxima não superior a um ano, hipótese em que nem todos os crimes de consumo tipificados no CDC estavam abrangidos. Neste sentido, veja-se, antes da alteração da norma, as considerações de: PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 41.
12. "Artigo 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. § 1.º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade. § 2.º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. § 3.º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz. § 4.º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos. § 5.º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no artigo 82 desta Lei. § 6.º A imposição da sanção de que trata o § 4.º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível".

mente o consumidor, quanto o fazem de modo indireto. Assim, são exemplos da primeira espécie as hipóteses dos incisos I (“favorecer ou preferir, sem justa causa, comprador ou freguês,¹³ ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores”), II (“vender ou expor à venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial”) e IX (“vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”).¹⁴ Já no que se refere aos crimes que de modo indireto promovem a proteção do consumidor, têm-se o exemplo dos incisos VI (“sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação”) e VII (“induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”). Há, neste sentido, uma expansão do âmbito de consideração do bem jurídico tutelado pelas relações de consumo, em vista de todas as circunstâncias e condutas que tem possibilidade de afetar seu regular desenvolvimento. Ora, a relação de consumo protegida pelos tipos penais do CDC e da Lei 8.137/90 se dá no âmbito do mercado de consumo. Neste sentido, todas as condutas que dentro do mercado de consumo tenham por consequência a afetação da relação de consumo podem, em tese, ser objeto de normas penais estabelecendo os tipos concordantes.

Já no que se refere à alegada dissociação entre o direito penal do consumidor e o princípio da mínima intervenção que informa a ciência do direito penal contemporâneo, mais uma vez é de destacar o caráter supraindividual do bem jurídico tutelado neste ramo especial do direito penal, assim como o fato de, em nosso sistema, a Constituição da República expressamente endereçar ao Estado o dever fundamental de defesa do consumidor. O modo como o Estado promove esta defesa inclui, fora de dúvida, a previsão de tipos penais que conduzam à repressão de condutas consideradas lesivas ao bem jurídico protegido. Assim, parece haver condições para que se discuta a conveniência ou não do estabelecimento de novos tipos penais, ou a adequação das respectivas penas que estabelecem. Mas isto não autoriza a que se aponte uma incorreção técnica do legislador ao dispor sobre a matéria. Como salienta Odone Sanguiné, observa-se em muitos sistemas a tendência de criminalização dos bens jurídicos supraindividuais com relativo rigor.¹⁵ Esta tendência decorre, de um lado, da necessidade de uma resposta efetiva a condutas de alto potencial lesivo, assim como em consideração à projeção dos efeitos

13. A doutrina especializada critica, a nosso ver com acerto, a utilização não técnica, e antiquada das expressões “comprador” ou “freguês”, ao invés de “consumidor”. Neste sentido veja-se: ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes contra as relações de consumo...*, p. 117.
14. “Processual penal. *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Denúncia recebida pela prática do crime previsto no artigo 7.º, inc. IX, c/c o artigo 12, inc. III, da Lei 8.137/90 (exposição ou depósito para a venda de produtos em condições impróprias para o consumo). Prazo de realização vencido. Delito formal. Desnecessidade de perícia para atestar a impropriedade do produto para consumo. Perigo abstrato. Ordem denegada. 1. A exposição ou depósito de produtos destinados à venda com prazo de validade vencido é fato que se encontra tipificado na legislação penal (Lei 8.137/80, artigo 7.º, IX – condições impróprias ao consumo) como crime formal, que dispensa a realização de perícia para atestar sua efetiva impropriedade, tendo em vista que a mera transgressão da norma legal caracteriza o delito, que é de perigo presumido. 2. Ordem denegada” (STJ, HC 38200/PE, j. 23.11.2004, rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, DJU 01.02.2005, p. 589).
15. SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor: perspectiva criminológica e penal. *Fascículos de Ciências Penais*, v. 4, n. 2, p. 17-43. Porto Alegre: Sérgio Fabris, abr.-jun. 1991.

decorrentes dos danos que ocasionam. A respeito, observa Claus Roxin, para quem, frente à nova sociedade de riscos, não poderá o direito penal abster-se de intervir, devendo, contudo, observar a necessidade de se preservar a referência ao bem jurídico e os demais princípios de imputação próprios do Estado de Direito, deixando de atuar quando isto não seja possível.¹⁶

Daí porque, a proteção do consumidor pela via penal, sobretudo pela consolidação de um direito penal do consumidor, deve ser compreendida não apenas pela visualização das normas estabelecidas pelo CDC, senão pelo arcabouço normativo previsto no direito brasileiro pela consideração e aplicação da norma-base do CDC em conjunto com as demais leis, as quais se referem – conforme ensina Filomeno – ainda que de forma indireta, à defesa e proteção do consumidor.¹⁷ Esta conclusão deduz-se da própria interpretação do artigo 61 do CDC, que expressamente estabelece: “Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste Código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes”. Ou seja, o próprio CDC preserva o campo de aplicação das demais legislações específicas que tratam das relações de consumo, a par das distinções próprias da descrição das condutas típicas nos diferentes diplomas. A complementaridade das disposições, sobretudo no que tange aos elementos da relação jurídica de consumo (consumidor, fornecedor, produto ou serviço), já está sendo realizada pela jurisprudência,¹⁸ em vista da necessidade de precisão das definições expressas nos respectivos tipos penais.

2.1 OS TIPOS PENAIS NA LEI 8.137/90

A Lei 8.137/90, ao definir crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, prevê em seu artigo 7.º, tipos penais que ao terem em vista a tutela do bem jurídico *relação de consumo*, inserem-se no direito penal do consumidor. Tem em vista, portanto, a proteção dos interesses econômicos ou sociais do consumidor, tutelando de modo indireto, a vida, a saúde, o patrimônio e o mercado.¹⁹

Como é próprio dos crimes contra as relações de consumo, também em relação aos tipos penais definidos no artigo 7.º da Lei 8.137, o sujeito ativo é o fornecedor, considerado como pessoa natural que realiza a atividade descrita no artigo 3.º do Código de Defesa do Consumidor.

Neste particular, note-se que a interpretação das normas penais é, como regra interpretação estrita, que considera os elementos constantes no tipo empregando-lhe significado especí-

16. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general*, v. 1. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña et alii. Madrid: Civitas, 1997. p. 61. No mesmo sentido, desenvolve em: ROXIN, Claus; *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, 2000. p. 27.

17. FILOMENO. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado..., 8. ed., p. 665.

18. “Penal e processual penal. Recurso especial. Artigo 7.º, IX, da Lei 8.137/90 e artigo 18 § 6.º, I, do CDC. Exame pericial. Desnecessidade. A conduta do comerciante que expõe à venda a matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do artigo 7.º, IX, da Lei 8.137/90 c/c o artigo 18 § 6.º, da Lei 8.078/90, sendo despropiciada, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). Recurso provido” (STJ, REsp 620.237/PR, j. 21.10.2004, rel. Min. Felix Fischer, DJU 16.11.2004, p. 315).

19. PRADO, Luis Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2007. p. 149.

fico. Neste sentido, embora seja correto considerar que a interpretação das normas dos tipos penais previstos no artigo 7.º, da Lei 8.137/90 faça uso dos conceitos e definições estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor, não se lhe reconhece interpretação extensiva, senão nos estritos limites admitidos pelos elementos que constituem a conduta típica.

2.1.1 Favorecimento ou preferência, *sem justa causa*, de comprador ou freguês

O artigo 7.º, inciso I, da Lei 8.137/90 estabelece como crime a conduta de “favorecer ou preferir, *sem justa causa*, comprador ou freguês, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores”. É entendimento majoritário na doutrina de que o tipo em questão revogou o crime previsto no artigo 2.º, inciso II, da Lei 1.521/1951 – que definia os crimes contra a economia popular, que dispunha: “favorecer ou preferir comprador ou freguês em detrimento de outro, ressalvados os sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores”.²⁰ Isto porque dispôs posteriormente sobre mesma conduta típica prevista naquela norma.

Os elementos nucleares do tipo penal, favorecer ou preferir, significam distinguir alguém, priorizá-lo, concedendo-lhe benefício ou privilégio. No caso do tipo penal em questão, trata-se de delito comissivo, que se perfaz pela conduta do agente fornecedor de favorecer ou preferir comprador ou freguês *sem justa causa*. Note-se que a ausência de justa causa é que dá à conduta do fornecedor o caráter penalmente vedado. Favorece ou prefere incidindo na conduta típica do artigo 7.º, inciso I, o fornecedor que ao priorizar o atendimento a comprador ou freguês, o faz *sem justa causa*. A existência de justa causa, neste sentido, não apenas torna o fato atípico, como igualmente elimina qualquer espécie de proibição ou restrição à conduta do fornecedor. Se tiver justa causa na escolha por determinado comprador ou freguês, não comete o delito prescrito na norma. Esta priorização de clientela, inclusive, responde à própria necessidade de reconhecer, em situações específicas, ou de acordo com o produto ou serviço prestado pelo fornecedor, o atendimento de critérios de preferência de determinados consumidores, em vista de determinadas condições subjetivas transitórias ou permanentes que apresentem, ou em um sistema de priorização que respeite critérios equânimes de acesso aos produtos e serviços oferecidos. Será o caso da preferência de atendimento a pessoas idosas ou gestantes, ou ainda a priorização de atendimento, mediante ordem de chegada ou pré-agendamento, aos consumidores que atenderam aos critérios comuns oferecidos pelo fornecedor.

Em relação ao tipo penal em questão, da mesma forma há de se identificar o comprador ou freguês previstos no tipo com a definição legal de consumidor. A dissociação tem haver com o apego do legislador da Lei 8.137/90 com as condutas descritas na Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/51), em detrimento da definição legal contemporânea de consumidor, prevista no Código de Defesa do Consumidor. O uso das expressões comprador ou freguês, embora criticadas,²¹ não afastam a possibilidade de configuração da conduta típica. Isto, pois, embora se possa cogitar de comprador apenas em relação aos produtos objeto de relações de consumo (uma vez que os serviços, neste caso, não se submetem a contrato de compra e venda), assegura-se a abrangência do tipo mediante a referência ao freguês. Note-se,

20. PRADO, Luis Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: RT, 2007. p. 149; PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 156; COSTA JÚNIOR, *Crimes contra o consumidor*. São Paulo: Saraiva. p. 96.

21. Neste sentido a autorizada crítica de: PRADO, Luis Régis. *Direito penal econômico*, p. 150.

todavia, que não se exige aqui a existência ou realização efetiva de uma relação de consumo. Basta o favorecimento, com vista à celebração efetiva desta relação de consumo, ou ainda de vantagem no relacionamento do fornecedor com o consumidor.

Por fim, é de se considerar certa impropriedade na parte final do tipo inscrito no artigo 7.º, inciso I, da Lei 8.137/90. A ressalva aos sistemas de entrega ao consumo por intermédio de distribuidores ou revendedores, como situações de exceção à incidência da norma penal indica realidade que, prevista de modo genérico, ou deixa de considerar situações em que a venda do produto é realizada por pessoa distinta da que responde pela entrega, embora favorecendo o mesmo fornecedor, bem como situações em que a atuação de distribuidor ou revendedor não elimina a possibilidade de favorecimento pelo fornecedor (núcleo do tipo penal), ou não se trate propriamente de relação de consumo, mas de intermediação mercantil. Daí porque a ressalva, que exclui da conduta típica qualquer favorecimento que se estabeleça em situações nas quais o modo de fornecimento se dê por sistema de distribuição ou por revendedor, em nada contribui para interpretação e aplicação da norma. Pelo contrário, indica hipótese apta a gerar incerteza quanto à sua aplicação.

2.1.2 Venda ou exposição à venda de mercadoria com embalagem ou especificações em desacordo com as prescrições legais

O segundo crime contra as relações de consumo previsto na Lei 8.137/90 é o previsto no tipo descrito em seu artigo 7.º, inciso II. No caso, trata-se de espécie que já tinha paralelo, embora mais genérico, no artigo 2.º, inciso III, da Lei dos Crimes contra a Economia Popular (Lei 1.521/51), assim como também do tipo penal do crime de estelionato previsto no artigo 175, inciso I, do Código Penal. Contém, entretanto, descrição da conduta típica de modo mais específico. Prevê duas condutas típicas a partir da previsão do comportamento delituoso de realizar a venda ou de expor à venda. No primeiro caso, trata-se de crime comissivo e de resultado material, quando exige a efetiva venda da mercadoria. Já quando refere o comportamento de expor à venda, é crime de perigo abstrato, não se exigindo neste caso o resultado material.²²

O tipo penal mais uma vez aqui faz referência à mercadoria. O conceito, como bem refere Lima da Fonseca, relaciona-se com o direito dos negócios, considerando-se mercadoria o objeto da compra e venda mercantil. Contudo, para efeito de aplicação da norma, subsume-se o conceito de mercadoria no conceito de produto.

São dois os critérios estabelecidos na lei. A embalagem, tipo especificação, peso ou composição, para caracterizar o crime, deve estar em desacordo com prescrições legais ou não corresponder à classificação oficial. É amplo o tipo penal que se resulta da norma. Isto porque tanto tem haver com a oferta e a embalagem do produto – e as informações constantes para conhecimento do consumidor – e a própria composição do produto, que respeita as suas próprias características e, neste sentido, ao cumprimento do dever de adequação do produto – como isento de vícios.

Ao exigir atendimento a prescrições legais ou classificação oficial, remete o tipo, no primeiro caso, à norma legal (lei em sentido formal); no segundo caso, contudo, admite norma legal ou infralegal que estabeleça classificação, desde que proveniente de quem detenha competência para tanto.

22. FONSECA, Antônio Cezar Lima. *Direito penal do consumidor*, p. 254.

Assim, por exemplo, é o caso das situações de adulteração de combustível ou de bebidas alcoólicas, em que se diz adulterar em face do desacordo do produto com a composição fixada por norma administrativa da autoridade competente. Segundo a regra do artigo 7.º, inciso II, não é preciso que o fornecedor tenha sido quem tenha manipulada a composição do combustível em desacordo com a regra oficial. Basta que o exponha para venda ou, como é intuitivo, que tenha realizado a venda. Contudo, é necessário que se demonstre, neste caso, a alteração da composição do produto.²³

2.1.3 Mistura de gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para venda ou exposição como puros ou de mais alto custo

O tipo previsto no inciso III, do artigo 7.º, da Lei 8.137/90 especializa o disposto no inciso II da mesma norma, ao dispor: “misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, para vendê-los ou expô-los à venda como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para vendê-los ou expô-los à venda por preço estabelecido para os de mais alto custo”. E no mesmo sentido, reproduz em parte, o disposto no inciso V do artigo 2.º, da Lei 1.521/51, *verbis*: “misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo”. A rigor o tipo penal prevê conduta comissiva do agente (misturar gêneros e mercadorias), com vistas à finalidade de venda ou exposição à venda como se fossem puros; ou ainda misturar qualidades diferentes de gêneros e mercadorias para venda ou exposição à venda pelo de maior preço. Nota-se que se distingue o âmbito de aplicação da Lei de Economia Popular (Lei 1.521/51) e a Lei 8.137/90. O tipo do artigo 2.º, inciso V, da Lei de Economia Popular, tem aplicação na relação entre agentes econômicos quando se projete na lesão à economia popular. O artigo 7.º, inciso III, da Lei 8.137/90 pressupõe a existência de uma relação de consumo, e, portanto, é crime cujo agente será o fornecedor.²⁴

Observam-se críticas sobre a disposição legal em comento. A rigor, o uso de expressões tais como gênero e espécie, que necessariamente terão relação entre si, nem sempre será exato. O que é gênero e espécie dependerá do critério utilizado (produtos alimentícios, produtos agrícolas, produtos industrializados, de origem animal). Da mesma forma distingue entre produtos puros e misturados. O que seja puro ou misturado e a finalidade de venda, que em tudo parece, diz respeito à finalidade de ludibriar o consumidor. Contudo, na situação *in concreto* em que se tenha de demonstrar tais elementos que constituem o fato típico, há inequívoca dificuldade de sua identificação. Assim o será, igualmente, na parte final da descrição legal, ao prever que a finalidade de estabelecer a produtos misturados o de mais alto custo. A rigor, serve a regra tanto para produtos tabelados em que se tem o paradigma de preço, que caracteriza critério de

23. “Crime contra as relações de consumo. Artigo 7.º, II, Lei n. 8.137/90. Adulteração de vinho. Adição de açúcar. Prova da materialidade. Insuficiência. Apelo do MP improvido” (TJRS, 4.ª Câmara Criminal, ApCrim 70030936694, j. 26.11.2009, rel. Des. José Eugênio Tedesco). No mesmo sentido: “Crime contra as relações de consumo. Mercadoria com a composição em desacordo com as prescrições legais. Comete o crime previsto no artigo 7.º, II, da Lei 8.137/90, o agente que vende e expõe à venda vinho cuja composição está em desacordo com as prescrições legais. Condenação mantida” (TJRS, ApCrim. 70022101919, 4.ª Câmara Criminal, j. 24.01.2008, rel. Des. Constantino Lisboa de Azevedo).

24. FONSECA, Antônio Carlos Lima da. *Direito penal do consumidor...*, p. 258.

avaliação do alto custo a que se refere a norma, mas da mesma forma indica a mistura de produtos de diferentes preços para vender o conjunto pelo preço do mais valioso.²⁵

2.1.4 Fraude a preços

O artigo 7.º, inciso IV, da Lei 8.137/90, prevê o crime de fraude de preços. As alíneas do inciso IV, então, dispõem sobre os meios para realização da fraude a preços, quais sejam: a) alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço; b) divisão em partes de bem ou serviço, habitualmente oferecido à venda em conjunto; c) junção de bens ou serviços, comumente oferecidos à venda em separado; d) aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços. Fraudar significa utilizar-se de ardid para enganar o consumidor. O tipo penal em questão dá conta da conduta de fraudar preço, ou seja, utilizar-se de artifício de modo a indicar falsamente ao consumidor impressão sobre o preço do produto. O preço é o valor expresso em moeda corrente, que se atribui como contraprestação ao contrato de compra e venda, e que no caso dos contratos de consumo se indica também, em sentido mais abrangente, como contraprestação pecuniária do consumidor em relação à prestação de serviços. Neste sentido, toda a conduta comissiva do fornecedor no sentido de indicar ao produto preço diverso do que realmente lhe seja atribuído. Os meios executivos previstos na norma são os diversos modos pelos quais se descaracteriza o produto original em relação ao qual se atribui determinado preço, fazendo-o parecer outro de preço diverso. Estes meios executivos podem tanto ser alterações externas, quanto à aparência do produto, sem, contudo, alterar-se substancialmente seu conteúdo (alteração, sem modificação essencial ou de qualidade, de elementos tais como denominação, sinal externo, marca, embalagem, especificação técnica, descrição, volume, peso, pintura ou acabamento de bem ou serviço), quanto à divisão do produto ou serviço em partes, contudo sem respeitar à repartição proporcional do preço. Neste caso, deve-se considerar a proporção para fixação do preço em unidades e o modo como o produto habitualmente é oferecido. Há dificuldade para determinar a expressão habitualmente fixada na norma.²⁶ Por habitual tem-se comportamento repetido, constante ou reiterado. Ocorre que os hábitos de consumo ou mesmo o modo como se oferecem produtos e serviços no mercado se alteram, e, com isso descaracteriza-se por si o caráter habitual. A mesma observação tem validade em relação à alínea "c", que dá conta da fraude a preço mediante junção de bens e serviços comumente oferecidos à venda em separado. Comumente diz respeito à conduta que é comum, no mesmo sentido do que é habitual. O que ora é comum, pode não o ser em séguida. O que vale aqui, igualmente, é a utilização do meio para fraudar o preço ao consumidor, atribuindo ao mesmo valor distinto do que tem, iludindo o consumidor por intermédio dos expedientes estabelecidos na norma.

Por fim, refira-se o meio executivo previsto no inciso "d" do artigo 7.º, inciso IV, da Lei 8.137/90, que indica o aviso de inclusão de insumo não empregado na produção do bem ou na prestação dos serviços, como meio de induzir a engano o consumidor. O aviso de inclusão de insumo, neste caso, serve para indicar, como regra, maior valor ao produto. Sendo falsa a in-

25. PRADO, Luis Régis. *Direito penal econômico*, p. 152-153.

26. PRADO, Luis Régis. *Direito penal econômico*, p. 153. FONSECA, Antônio Carlos Lima da. *Direito penal do consumidor*, p. 262.

dicação do insumo, a razão para majoração do preço inexistente, caracterizando a fraude prevista no tipo penal.

2.1.5 *Elevação indevida do valor cobrado nas vendas a prazo*

O crime previsto no artigo 7.º, inciso V, da Lei 8.137/90, é o de mais difícil ocorrência. Estabelece a norma em comento: “elevar o valor cobrado nas vendas a prazo de bens ou serviços, mediante a exigência de comissão ou de taxa de juros ilegais”. Note-se que a elevação do valor cobrado nas vendas a prazo por si não é ilícito ou abusivo. Trata-se de espécie de outorga de crédito para o consumo, ou pelo próprio fornecedor do produto ou serviço, ou por instituição financeira, em geral por intermédio de contrato conexo celebrado entre o consumidor e a instituição que ofereça o crédito. O crime resta caracterizado quando a elevação do valor cobrado nas vendas a prazo se deem por intermédio da exigência de comissão ou taxa de juros ilegais. No caso, é elemento objetivo do tipo penal a ilegalidade da comissão ou taxa de juros cobrada pelo fornecedor. Eis a dificuldade mais significativa de aplicação da norma.

Isto porque, como se sabe, a legislação de proteção do consumidor, seja a Lei 8.137 ou mesmo o CDC, não prevê limite ou qualquer espécie de paradigma a taxas de juros. As regras sobre juros se retiram da legislação em geral. No caso das instituições bancárias e financeiras, o entendimento consolidado no direito brasileiro é de inexistência de limite para os contratos que estabeleçam, quanto à fixação dos juros praticados em contratos de empréstimo (mútuo), como ocorre na outorga de crédito.²⁷ O mesmo não se diga em relação a outros fornecedores, os quais a princípio submetem-se ao disposto no artigo 591, do Código Civil, que estabelece: “Destinando-se o mútuo a fins econômicos, presumem-se devidos juros, os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o artigo 406, permitida a capitalização anual”. O artigo 406, do Código Civil, de sua vez, disciplinando os juros moratórios, refere: “Quando os juros moratórios não forem convenionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”. Os juros para a mora do pagamento de impostos da Fazenda Nacional de sua vez são regulados pelo artigo 161, §1.º do Código Tributário Nacional, o qual refere que “Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês”. No caso, o limite de juros remuneratórios para outorga de crédito entre particulares observa o limite máximo de 1% ao mês. No caso de comissões ilegais, considera-se ilegal a cobrança de qualquer valor a título de intermediação da outorga de crédito para o consumo, uma vez que se considere serviço inerente à atividade de fornecimento de produto ou serviço.

2.1.6 *Sonegação de insumos ou bens para fins de sonegação*

O artigo 7.º, inciso VI, da Lei 8.137/90 prevê como crime a conduta típica de sonegar insumos ou bens, recusando-se a vendê-los a quem pretenda comprá-los nas condições publicamente ofertadas, ou retê-los para o fim de especulação. Refere a norma sobre a sonegação de insumos e

27. Especialmente em face da competência reconhecida ao Conselho Monetário Nacional, pelo artigo 4.º da Lei 4.595/64, e da edição da Resolução 389, de 15 de setembro de 1976, que estabeleceu a liberdade de fixação de juros pelas instituições bancárias e financeiras, afirmados pela Súmula 596, do Supremo Tribunal Federal.

bens. No caso de bens, entendem-se estes, no âmbito das relações de consumo, como produtos, razão pela qual a recusa de venda nos termos ofertados publicamente, ou sua retenção para fins de especulação configuram a conduta típica em questão. No caso da recusa de venda de insumos, ou sua retenção para fins de especulação, apenas indiretamente configura ofensa às relações de consumo. Isto porque quem adquire insumo não é consumidor, mas ao contrário, agente econômico, em geral fornecedor, visando o incremento e desenvolvimento de sua atividade econômica. *Sonegar* significa ocultar, esconder ou simplesmente negar existência, no caso, de bens (produtos) ou insumos. A retenção para fins de especulação importa que se defina com precisão o que se entende por especulação. A especulação não é em si ofensiva à ordem jurídica e, portanto, não é, por si, objeto de repressão penal. Especular é apostar em dadas condições ou fatos futuros; especulação em sentido econômico visa realizar aposta em dadas condições futuras com a finalidade de obtenção de ganhos econômicos. O que é considerado para a previsão de conduta penal típica é a especulação que se pretenda realizar mediante retenção de produtos ou serviços para venda futura. Pressupõe-se que os produtos e serviços no mercado de consumo atendam necessidades de consumo da sociedade. Neste sentido, o fornecedor que *sonega/retém* produtos com vista à obtenção de ganhos futuros (em geral decorrente do acréscimo no preço ou ágio decorrente da demanda) estará realizando a conduta típica descrita no inciso VI, do artigo 7.º, da Lei 8.137/90.

2.1.7 *Indução do consumidor ou usuário a erro*

O artigo 7.º, inciso VII, da Lei 8.137/90, prevê como crime o comportamento de “induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”. O tipo penal em questão contém a finalidade de indução do consumidor a erro. Induzir é persuadir de modo a levar o consumidor a crer sobre qualidades de produto ou serviço. Admite, naturalmente, a forma tentada, que se identifica quando tendo havido a conduta de induzir, o consumidor não seja levado afinal a equívoco. Pressupõe igualmente a existência de indicação ou afirmação falsa sobre a natureza ou qualidade do produto. Admite a utilização de quaisquer meios executivos, exemplificando a divulgação de mensagem publicitária.

Não há necessidade de que se tenha estabelecido a contratação de aquisição do produto ou serviço. Basta que tenha havido a indução, que, contudo, deverá estar demonstrada para admissão do tipo descrito na norma penal. Neste sentido, é preciso estabelecer a relação de causa e efeito entre determinada informação ou publicidade divulgada pelo fornecedor e a conclusão errônea do consumidor, de modo a deixar evidente que a conclusão equivocada decorre da informação equivocada divulgada pelo fornecedor. Induzir a erro significa induzir a uma falsa representação da realidade. Logo, o erro (falsa representação da realidade) decorre da informação divulgada pelo fornecedor. A descrição do tipo, contudo, faz referência a *indicação ou afirmação falsa ou enganosa*. A princípio, pois, não há se falar em omissão dolosa como conduta típica, tratando-se de crime comissivo. Contudo, lembre-se que o caráter enganoso da informação se dá tanto pela divulgação de informação materialmente falsa, quanto pela omissão de dado essencial sobre determinado produto ou serviço, tal como uma restrição de uso, uma interação necessária com outro produto, serviço ou comportamento do consumidor para obtenção de resultados esperados. Neste caso, lembre-se do exemplo da publicidade em que se admite o caráter enganoso por ação ou omissão. Daí é que, para não confundir, se esclareça: o crime previsto no tipo penal em questão é comissivo. Porém, a conduta pode se dar tanto pela divulgação de informação materialmente equivocada, quanto da omissão de informação essencial para a correta identi-

cação das qualidades do produto ou serviço. A natureza comissiva da conduta (induzir) associa-se ao caráter comissivo ou omissivo da informação, no tocante à sua incorreção.²⁸

O tipo penal em questão faz referência à indução do consumidor a erro. Logo, a conduta do fornecedor vincula-se à formação de um juízo ou compreensão equivocada do consumidor sobre qualidades do produto ou serviço, mediante informação falsa ou enganosa. Neste sentido, pressupõe-se a necessidade de que se identifique a falsidade ou enganosidade da informação divulgada pelo agente. Neste caso, se está a frente de crime que se apresenta sob a modalidade dolosa, em que o agente sabe e/ou produz a falsidade da informação para voluntariamente induzir a erro o consumidor.

Não é demais lembrar que o tipo penal do artigo 7.º, inciso VII, da Lei 8.137/90 distingue-se daquele previsto no artigo 66, do CDC. No Código de Defesa do Consumidor, o tipo penal refere: "Fazer afirmação falsa ou enganosa ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços". São evidentes as distinções das condutas previstas em ambas as normas. A previsão do CDC faz referência à informação relevante, indicando, desde logo, a que se referem tais informações. No caso da norma prevista na Lei 8.137/90, a referência à enganosidade é genérica, porém associada apenas à natureza ou qualidade do produto ou serviço.

Da mesma forma, a norma da Lei 8.137/90 explicita a natureza da conduta do agente ("induzir"), enquanto o crime previsto no artigo 66, do CDC, é de mera conduta, exigindo-se apenas o comportamento de realizar a afirmação falsa ou enganosa. Neste caso, aliás, situa-se a principal distinção entre os tipos penais em cotejo. Isto porque, a incidência do artigo 66, do CDC, exige mera demonstração de que a afirmação falsa ou enganosa foi realizada (crime de natureza formal), enquanto que no caso do artigo 7.º, inciso VII, da Lei 8.137/90, é necessária a demonstração de que o consumidor (algum consumidor) foi induzido pela afirmação falsa, ou seja, que tenha tido seu ânimo de aquisição do produto ou serviço diretamente conformado pelo comportamento antijurídico de divulgação da falsidade pelo agente fornecedor (crime de natureza material).²⁹

28. "Habeas corpus. Processual penal. Crime contra as relações de consumo. Plano de saúde. Indução de consumidores a erro. Responsabilidade penal objetiva. Inocorrência. Devida demonstração fático-probatória da responsabilidade penal. Princípio da correlação. Observância. Meio de execução. Omissão. Cabimento. Continuidade delitiva configurada. Desclassificação para crime de estelionato. Impossibilidade. Princípio da especialização. 1. Devidamente demonstrada a fundamentação fática-probatória em relação a responsabilidade penal da paciente, não cabe, na via estreita do *habeas corpus*, desconstituir o entendimento das instâncias ordinárias, para reconhecer a ocorrência de responsabilidade penal objetiva. 2. Para que exista ofensa ao princípio da correlação, é necessário que a condenação ocorra por fato diverso do imputado na denúncia, o que em nenhum momento foi demonstrado. 3. O núcleo do tipo do crime do artigo 7.º, inciso VII, da Lei n. 8.137/1990, é a conduta comissiva de induzir, que pode se realizar por qualquer meio, inclusive mediante omissão, como na espécie, em que a sonegação de informações foi o que levou os consumidores a erro. 4. Embora a coletividade de pessoas equipare-se ao consumidor, quando a indução a erro se der contra vítimas indetermináveis, prejudicando as relações de consumo, não há como se trilhar o caminho inverso, para indeterninar vítimas certas e afastar a configuração de vários crimes, entendendo inaplicável a continuidade delitiva aos crimes contra o consumidor. 5. Impossível a desclassificação da conduta dos pacientes para o crime de estelionato em razão do princípio da especialidade, que determina que a aplicação da lei especial preponderará sobre a lei geral. 6. Writ denegado" (STJ, HC 43.078/MG, 5.ª T., j. 02.02.2006, rel. Min. Laurita Vaz, DJ 20.03.2006).

29. PRADO, Luis Régis. *Direito penal econômico*, p. 156; COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. *Crimes contra o consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 106.

Interessante, neste caso, é discutir-se sobre a possibilidade ou não da modalidade de tentativa no caso do tipo penal em exame. Admite a hipótese Antônio Cesar Lima da Fonseca, considerando que esta ocorre “quando se impede, pela contrainformação à indicação falsa e enganosa do fornecedor, que o usuário/consumidor incida no erro”.³⁰ De fato, se tenta induzir e não consegue alcançar o intento em face de causa que se interpõe ao resultado, tem-se aí a caracterização da tentativa. Diversa, contudo, é a situação em que havendo a afirmação falsa pelo agente, está não é suficiente para induzir o consumidor a erro. Neste caso, é possível atrair a incidência do artigo 66 do CDC, uma vez que afirmação falsa ou enganosa foi feita, porém não há de se falar em tentativa da conduta descrita no artigo 7.º, inciso VII, da Lei 8.137/90.

2.1.8 *Destruição, inutilização ou dano de matéria-prima ou mercadoria para provocar alta de preço*

O tipo penal previsto no artigo 7.º, inciso VIII, da Lei 8.137/90, prevê: “destruir, inutilizar ou danificar matéria-prima ou mercadoria, com o fim de provocar alta de preço, em proveito próprio ou de terceiros”. Tem paralelo no artigo 3.º, inciso I, da Lei 1.521/51 (Lei de Economia Popular). A redação da Lei 8.137/90, contudo, é mais abrangente. Trata-se de tipo penal cujo bem jurídico tutelado diretamente é a relação de consumo e expande sua finalidade para a proteção da ordem econômica de modo geral, considerando-se que a norma visa coibir a especulação antijurídica de preços por intermédio de conduta antieconômica já coibida parcialmente, no plano administrativo e civil, pela antiga Lei de Defesa da Concorrência (artigo 21, incisos XV a XVII, da Lei 8.884/94) e na atual (artigo 36, III, e § 3.º, incisos I, alínea “a”, IX e X, da Lei 12.529/11), assim como o artigo 4.º, inciso IV, da própria Lei 8.137/90. Note-se, contudo, que se a finalidade do agente for o de prejudicar a concorrência, não incidirá o tipo penal em exame, mas a norma da Lei de Defesa da Concorrência.

A conduta típica (destruir, inutilizar ou danificar) diz respeito à eliminação ou afetação da integridade de matéria-prima ou mercadoria. Leia-se: matéria-prima para produção de mercadoria, considerada aqui como bem móvel objeto de compra e venda. Por matéria-prima tem-se o bem cuja utilização posterior, mediante novas iniciativas do processo produtivo, sirva à produção de novo bem, ou bem dotado de valor agregado. A finalidade da conduta do agente deve ser a de provocar a alta de preços em seu favor ou de terceiro. Deverá demonstrar-se então não apenas a conduta material do agente (destruição, inutilização ou dano da mercadoria), como também a finalidade que o move, de provocar a alta de preço. A consumação do crime se dá com a afetação da integridade da mercadoria,³¹ de modo que mesmo se não atingido o resultado pretendido, da elevação de preços, uma vez caracterizada ser esta a finalidade da conduta delitativa, vai haver crime.

2.1.9 *Venda, depósito ou exposição para venda de mercadoria ou matéria-prima impróprias para o consumo*

O inciso IX, do artigo 7.º, da Lei 8.137/90, prevê: “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo”. A conduta típica prevista na norma é ampla. Sanciona-se a conduta

30. LIMA DA FONSECA. *Direito penal do consumidor*, p. 268.

31. COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. *Crimes contra o consumidor*, p. 109.

de vender, tanto quanto a de expor a venda ou entregar matéria-prima ou mercadoria em condições impróprias ao consumo. A norma em destaque tem paralelo no artigo 279, do Código Penal, que referia: “Artigo 279. Vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar a consumo substância alimentícia ou medicinal avariada”. Esta disposição foi revogada pela própria Lei 8.137/90, razão pela qual se pode entender que do artigo 7.º, inciso IX, resulta especialização da norma geral em questão.

Considera-se em condições impróprias para o consumo, dentre outros, os produtos (conceito que se amolda ao conceito de mercadoria presente no tipo) que estejam com o prazo de validade vencido e permaneçam expostos à venda ao consumidor. Basta neste sentido a exposição, inexigindo-se, para além da demonstração, de que foi ultrapassado o termo final do prazo de validade do produto e o produto segue exposto para o consumidor. Há neste caso, perigo presumido.³² É de se afirmar que o STJ já consolidou entendimento de que basta para caracterizar o tipo previsto no inciso IX, do artigo 7.º, da Lei 8.137/90, a conduta do comerciante que vende ou expõe à venda, sendo dispensável, inclusive a prova pericial, quando presentes outros elementos aptos a formar a convicção do julgador,³³ uma vez tratar-se de

32. “*Penal e processual penal. Recurso especial. Artigo 7.º, inciso IX, da Lei 8.137/90 e artigo 18 § 6.º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor. Exame pericial. Desnecessidade.* A conduta do comerciante que expõe à venda a matéria-prima ou mercadoria, com o prazo de validade vencido, configura, em princípio, a figura típica do artigo 7.º, inciso IX da Lei n. 8.137/90 c/c o artigo 18 § 6.º da Lei n. 8.078/90, sendo despendiosa, para tanto, a verificação pericial, após a apreensão do produto, de ser este último realmente impróprio para o consumo. O delito em questão é de perigo presumido (Precedentes do STJ e do Pretório Excelso). Recurso provido” (5.ª T., REsp 620.237/PR, rel. Min. Felix Fischer, j. 21.10.2004, DJ 16.11.2004). No mesmo sentido: RHC 9.235/SP, 6.ª T., j. 18.04.2000, rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 18.09.2000.

33. “*Processual penal. Recurso especial. Crime contra a relação de consumo. Produto impróprio ao consumo. Perícia. Desnecessidade. Delito formal. Recurso conhecido e provido.* 1. Consoante o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça, a conduta do comerciante que vende ou expõe à venda produto impróprio ao consumo é suficiente para configurar o delito constante do artigo 7.º, inciso IX, da Lei 8.137/90, sendo desnecessária a comprovação da materialidade delitiva por meio de laudo pericial, desde que existam outros elementos de convicção a respeito, como no caso, mesmo porque se cuida de crime formal, de perigo abstrato. 2. Recurso conhecido e provido para, anulando o acórdão recorrido, determinar ao Juízo singular que proceda ao trâmite regular do feito, desde o recebimento da denúncia” (STJ, REsp 1060917/RS, 5.ª T., j. 19.03.2009, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 13.04.2009). No mesmo sentido: RHC 15.087/SP, 6.ª T., j. 21.02.2006, rel. Min. Hamilton Carvalho, DJ 05.02.2007. Da mesma forma: “*Penal. Recurso especial. Crimes contra relação de consumo. Artigo 7º, XI, da Lei n. 8.137/1990. Produto nocivo à saúde. Imprescindibilidade de demonstração da impropriedade. Desaparecimento dos vestígios. Admissibilidade de comprovação da materialidade por outros meios de prova.* 1. Para a configuração do tipo penal descrito no art. 7º, inciso IX, da Lei n. 8.137/1990, é imprescindível a demonstração inequívoca da impropriedade do produto. 2. A realização do exame pericial somente é obrigatória nas infrações que deixam vestígios ou quando, sendo possível sua realização, esta não ocorreu por inércia dos órgãos de persecução penal. 3. Assim, não obstante haver uma ordem de preferência para a comprovação da materialidade delitiva, por meio de exame pericial, poderá ser ele suprido por outros meios de prova, na impossibilidade de sua realização. 4. No caso concreto, diante do desaparecimento natural do produto, pois prontamente consumido pelas vítimas, e de seis casos de intoxicação alimentar graves relatados em prontuários médicos, é temerária a absolvição sumária do acusado em decorrência da ausência de perícia, por constituir demasiado apego ao formalismo e subtração do exercício da ação penal pelo Ministério Público. 5. Recurso especial provido”. (STJ, REsp 1369828/DF, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6.ª Turma, j. 06.05.2014, DJe 28.10.2014).

crime de perigo abstrato.³⁴ Contudo, há de se exigir perícia, segundo precedente do STF, quando necessário à demonstração inequívoca da impropriedade do produto,³⁵ assim como sua nocividade ao consumidor.³⁶

Trata-se o tipo do artigo 7.º, inciso IX, da Lei 8.137/90, de norma penal em branco, cujo significado resulta da necessária aplicação de definições presentes em outra norma, ou retirada

34. "Criminal. Recurso especial. Fabricação e manutenção em depósito de produtos fabricados para consumo em desacordo com as normas regulamentares e sem registro no Ministério da Saúde. Crime contra a relação de consumo. Desnecessidade de laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria. Delito de perigo abstrato. Recurso provido. O tipo do inciso IX do artigo 7.º da Lei n. 8.137/90 trata de crime formal, bastando, para sua concretização, que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria. Cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo. Precedentes. Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, quanto à condenação pelo crime contra as relações de consumo" (STJ, REsp 472.038/PR, 5.ª T., j. 16.12.2003, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 25.02.2004, p. 210).
35. "Habeas corpus. Crime contra as relações de consumo. Fabricação e depósito de produto em condições impróprias para o consumo. Inciso IX do artigo 7.º da Lei 8.137/90, combinado com o inciso II do § 6.º do artigo 18 da Lei n. 8.078/90. Configuração do delito. Crime formal. Prescindibilidade da comprovação da efetiva nocividade do produto. Reajustamento de voto. Necessidade de demonstração inequívoca da impropriedade do produto para uso. Independência das instâncias penal e administrativa. Ônus da prova do titular da ação penal. Ordem concedida. 1. Agentes que fabricam e mantêm em depósito, para venda, produtos em desconformidade com as normas regulamentares de fabricação e distribuição. Imputação do crime do inciso IX do artigo 7.º da Lei n. 8.137/90. Norma penal em branco, a ter seu conteúdo preenchido pela norma do inciso II do § 6.º do artigo 18 da Lei n. 8.078/90. 2. São impróprios para consumo os produtos fabricados em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação. A criminalização da conduta, todavia, está a exigir do titular da ação penal a comprovação da impropriedade do produto para uso. Pelo que imprescindível, no caso, a realização de exame pericial para aferir a nocividade dos produtos apreendidos. 3. Ordem concedida" (HC 90779, 1.ª T., j. 17.06.2008, rel. Min. Carlos Britto, DJ 24.10.2008).
36. "Habeas corpus. Processual penal. Crime contra as relações de consumo. Artigo 7.º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90. Indiciamento formal após o recebimento da denúncia. Constrangimento ilegal configurado. Mercadoria imprópria para consumo. Perícia. Necessidade para constatação da nocividade do produto apreendido. Ordem concedida. 1. É consolidada a jurisprudência desta Corte no sentido de que constitui constrangimento ilegal o indiciamento formal do acusado após recebida a inicial acusatória. 2. Para caracterizar o elemento objetivo do crime previsto no artigo 7.º, inciso IX, da Lei n.º 8.137/90, referente a mercadoria 'em condições impróprias ao consumo', faz-se indispensável a demonstração inequívoca da potencialidade lesiva ao consumidor final. 3. No caso, evidenciam os autos, mormente a sentença condenatória e o acórdão que a confirmou, que não houve a realização de perícia para atestar a nocividade dos produtos apreendidos. 4. Ordem concedida para anular o indiciamento formal do Paciente e trancar a ação penal" (STJ, HC 132.257/SP, 5.ª T., j. 23.08.2011, rel. Min. Laurita Vaz, DJe 08.09.2011). No mesmo sentido: REsp 1453275/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6.ª Turma, j. 15.09.2015, DJe 01.10.2015. Em sentido contrário, dispensando a perícia por se tratar de crime de perigo abstrato: "Criminal. Resp. Fabricação e manutenção em depósito de vinho para consumo em desacordo com as normas regulamentares. Crime contra as relações de consumo. Desnecessidade de laudo pericial para a constatação da impropriedade da mercadoria. Delito de perigo abstrato. Recurso Provido. O tipo do inciso IX do artigo 7.º, da Lei n.º 8.137/80 trata de crime formal, bastando, para sua concretização, que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria. Cuidando-se de crime de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo. Precedentes. Recurso provido, nos termos do voto do relator" (STJ, REsp 1163095/RS, 5.ª T., j. 09.11.2010, rel. Min. Gilson Dipp, DJe 22.11.2010).

da técnica e da ciência. O que seja mercadoria ou matéria-prima, em condições impróprias de consumo, tem no § 6.º, do artigo 18, do CDC, regra de interpretação. Estabelece a norma em apreço: “§ 6.º 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.” A definição legal é apta a preencher o significado do tipo penal,³⁷ de modo que se considerem impróprios aqueles produtos cujo prazo de validade esteja vencido,³⁸ ou, ainda, os que se encontrem com deterioração, alteração, adulteração ou avaria, bem como produtos falsificados ou nocivos à vida ou à saúde. Da mesma forma, os produtos em desacordo com normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação, ou que não tenham sido submetidos à inspeção oficial exigida antes de sua colocação no mercado.³⁹

Note-se que, também aqui se trata de crime formal, de perigo abstrato, razão pela qual a materialidade delitiva apresenta-se mediante a realização da conduta pelo fornecedor. Como se percebe dos elementos do tipo, não se exige a venda ou entrega em condições impróprias. Basta que o fornecedor a tenha em depósito para vender, ou ainda, com mais razão, que exponha para a venda. Exige-se para caracterização do tipo a finalidade que move o agente fornecedor, a destinação do produto à venda (elemento subjetivo do tipo), admitindo-se neste particular, em face do disposto no parágrafo único do artigo 7.º, a modalidade culposa. Neste sentido, caracteriza fato atípico o mero transporte de produto impróprio, em face da ausência da presença do comando da conduta prevista no tipo (“transportar”),⁴⁰ ou outra conduta que não se enquadre precisamente à conduta típica, em face da interpretação estrita da norma penal. Da mesma forma, a conduta típica indica *vender, ter em depósito para vender ou expor à venda*, ou, ainda, *de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria*, todas as hipóteses que pressupõem a finalidade econômica de mercancia. Ter em depósito para vender, é ter em sua guarda de modo a pronta possibilidade de venda, assim também a finalidade da entrega de matéria-prima ou mercadoria. A consumação do crime, deste modo, se dá por formas diversas (venda, depósito para venda, exposição para venda ou entrega). Se tem em depósito para fins de destruir

37. HC 9.768/SP, 5.ª T., j. 04.11.1999, rel. Min. Felix Fischer, DJ 13.12.1999.

38. “Recurso de habeas corpus interposto contra decisão denegatória proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Pretensão ao trancamento de ação penal por infração ao artigo 7.º, IX, da Lei n. 8.137/90 c/c o artigo 18, § 6.º, da Lei n. 8.078/90. Exposição à venda de mercadoria com prazo de validade vencido. A tipificação da figura penal definida no artigo 7.º, IX, da Lei n. 8.137/90, por ser norma penal em branco, foi adequadamente preenchida pelo artigo 18, § 6.º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que define como impróprio ao uso e consumo produto cujo prazo de validade esteja vencido. A exposição à venda de produto em condições impróprias ao consumo já configura o delito, que é formal e de mera conduta, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material. Recurso de Habeas Corpus improvido” (STF, RHC 80090, 1.ª T., j. 09.05.2000, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 16.06.2000).

39. AgRg no REsp 968.946/RS, 5.ª T., j. 26.05.2009, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 29.06.2009.

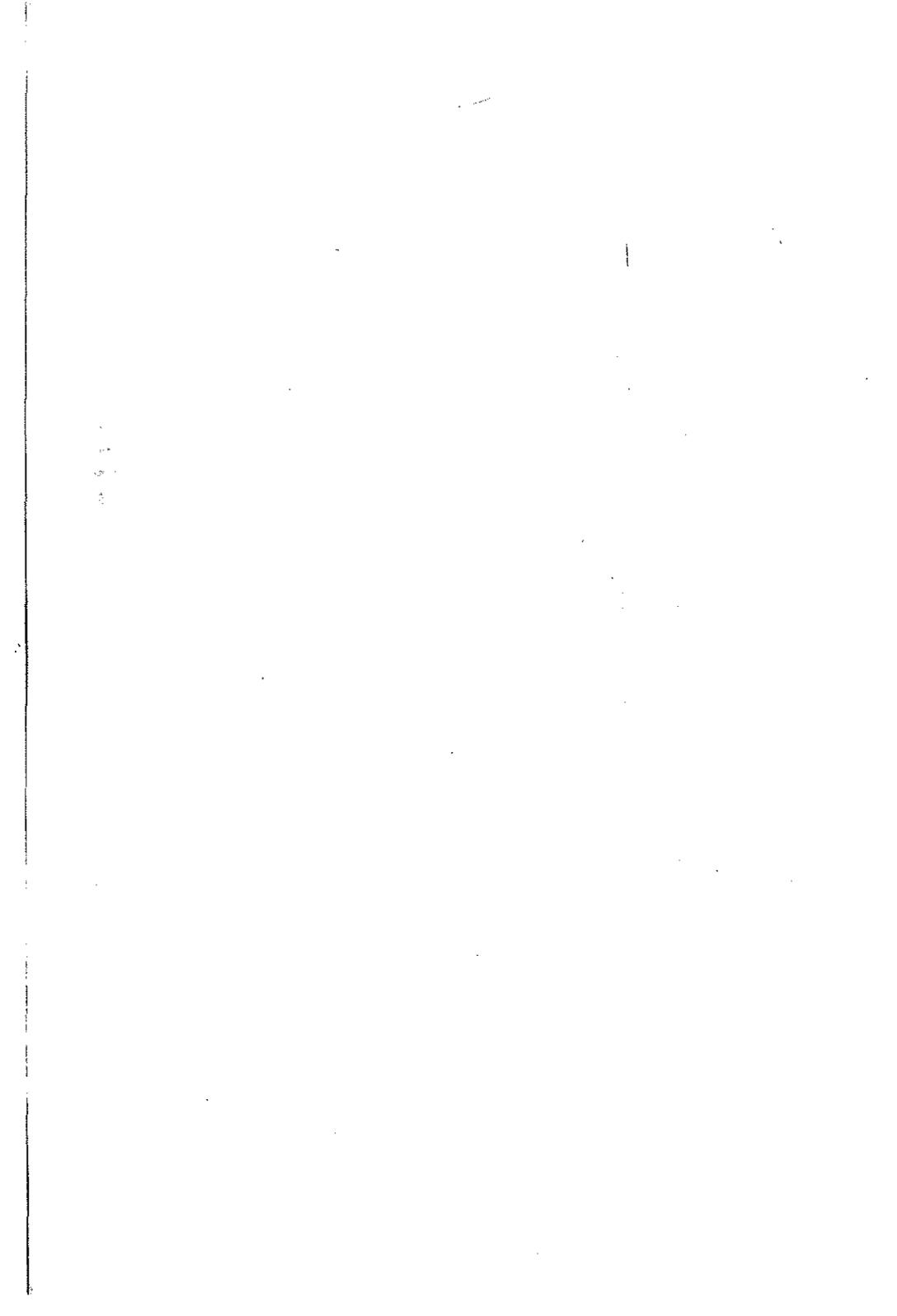
40. “Apelação. Crime contra as relações de consumo. Carne. Impropriedade para consumo. Ausência de laudo pericial. “Transportar”. Ação atípica. Absolvição mantida. Para comprovação do crime de exposição à venda, de produto impróprio para consumo, é imprescindível a realização de perícia. Mercadoria apreendida enquanto era transportada é fato atípico, pois tal verbo não está previsto no tipo penal em questão. Recurso improvido” (TJRS, ApCrim 70022676290, 4.ª Câm. Crim., j. 28.02.2008, rel. Des. Gaspar Marques Batista).

ou inutilizar, ou ainda devolver ao fabricante, não o tem para venda, razão pela qual não se realiza a conduta típica.

Lembre-se que em relação à conduta do inciso IX, o parágrafo único do artigo 7.º, da Lei 8.137/90 admite a modalidade culposa, hipótese em que se configure negligência, imprudência ou imperícia do fornecedor.

2.2 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Alguma discussão gerou a determinação da competência jurisdicional para o processamento da ação penal relativa aos crimes contra as relações de consumo. A divergência tem origem na interpretação do artigo 109, inciso VI, da Constituição da República, que determina a competência da justiça federal para processar e julgar “os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”. Neste sentido, incumbia considerar se os crimes contra as relações de consumo, previstos tanto na Lei 8.137/90, quanto no próprio Código de Defesa do Consumidor estariam ou não abrangidos na referência da norma constitucional aos crimes contra a ordem econômico-financeira. Atualmente, contudo, resta assentado o reconhecimento da justiça comum estadual para o processamento da ação penal, em especial quando não esteja presente lesão específica a bens, serviços ou interesses da União, que ademais é o critério constitucional genérico de atribuição de competência jurisdicional à Justiça Federal. Neste sentido decidiu o STJ: “*Conflito de competência. Processual penal. Artigo 7.º, inciso II, da Lei 8.137/90. Dumping e adulteração de combustível. Inexistência de interesse da União. Justiça comum estadual. 1. A Lei n. 8.137/90 não previu a competência diferenciada para os crimes elencados contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. Dessa forma, evidencia-se a competência da Justiça Comum Estadual, ex vi do artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal. 2. Ademais, na hipótese vertente, a possível prática de dumping ou adulteração de combustível não demonstrou qualquer lesão a bens, serviços ou interesses da União, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Carta Magna. 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da Vara Criminal de Londrina/PR, ora suscitante” (STJ, 3.ª Seção, CComp 42.957/PR, rel. Min. Laurita Vaz, j. 09.06.2004, DJ 02.08.2004). A *contrario sensu*, de se admitir igualmente, quando esteja caracterizado, em relação ao crime, a existência de lesão específica a bens, serviços ou interesses da União, a competência é da Justiça Federal para processar e julgar a respectiva ação penal.*



TIPOS PENAIS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3

SUMÁRIO: 3.1 Omissão de dizeres ou sinais ostensivos e de alerta sobre a nocividade ou periculosidade do produto – 3.2 Omissão de comunicação e de retirada do produto nocivo ou perigoso do mercado – 3.3 Execução de serviço de alto grau de periculosidade sem autorização – 3.4 Afirmação falsa ou enganosa, ou omissão de informação relativa a produto ou serviço – 3.5 Promoção de publicidade enganosa ou abusiva – 3.6 Promoção de publicidade prejudicial ou perigosa – 3.7 Omissão na organização de dados relativos à publicidade – 3.8 Emprego de componentes usados sem autorização do consumidor – 3.9 Cobrança abusiva de dívidas – 3.10 Impedimento ou obstáculo de acesso a informações – 3.11 Omissão na correção de dados – 3.12 Omissão na entrega de termo de garantia.

A par das condutas típicas relacionadas na legislação penal acerca de crimes de consumo impróprios, o CDC vai estabelecer uma série de tipos penais, visando a proteção de diversos aspectos da relação de consumo. Neste sentido privilegia a descrição de condutas que violam deveres expressos previstos em outras disposições do Código, estabelecendo um universo de crimes de consumos próprios, identificados com a proteção específica do consumidor individual ou da coletividade de consumidores.

3.1 OMISSÃO DE DIZERES OU SINAIS OSTENSIVOS E DE ALERTA SOBRE A NOCIDIDADE OU PERICULOSIDADE DO PRODUTO

O artigo 63 do CDC, define como crime, a conduta típica de “omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade”. A conduta típica admite sua caracterização sob as formas dolosa e culposa (artigo 63, § 2.º). Da mesma forma estabelece em seu § 1.º, que “incorrerá nas mesmas penas quem deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado”.

O tipo penal visa proteger o direito básico à informação, em especial, o direito do consumidor de ser informado sobre riscos dos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo. Os conceitos do que seja nocividade e periculosidade são definições que guardam relação com o que estabelecem os artigos 8.º a 10 do CDC. A conduta omissiva prescrita no tipo, diz a conduta do fornecedor, relativa na informação em sinais ostensivos sobre a periculosidade ou no-

cividade do produto. No que se refere às definições dos produtos ou serviços que devam ser considerados perigosos ou nocivos, os artigos 8.º e 9.º, do CDC, estabelecem: “Artigo 8.º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito (...) Artigo 9.º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto”. Os riscos dos produtos e serviços poderão ser riscos inerentes (se característicos dos mesmos) ou adquiridos (quando em razão de defeito). Neste sentido, o dever de informar violado na hipótese deste tipo penal é o da periculosidade inerente, ou seja, os riscos normais e previsíveis a que faz referência o artigo 8.º do CDC.¹ Isto porque, havendo risco adquirido (defeito) que seja do conhecimento do fornecedor, há um dever expresso no CDC de que, sendo do conhecimento prévio do fornecedor, não deverá introduzi-lo no mercado (artigo 10 do CDC), sendo que, na hipótese de ter conhecimento posterior da periculosidade adquirida, deverá “comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários” (artigo 10, § 1.º).

No que tange ainda à descrição do tipo, note-se que há expressa referência na conduta descrita, ao modo como devam ser prestadas as informações. Afinal, constitui conduta típica omitir dizeres ou sinais ostensivos “nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade”. Neste sentido, refere-se Benjamin que “faltando a informação sobre riscos nas ‘embalagens’, nos ‘invólucros’, nos ‘recipientes’ ou mesmo na ‘publicidade’, o delito se configura. Vale dizer, em qualquer um deles, isolada ou cumulativamente. O dever de informar é sempre apreciado de modo universal, isto é, levando-se em conta todos os meios de comunicação entre o fornecedor e o consumidor. O fornecedor, por informar na embalagem, não deixa de ser responsabilizado quando não o faz na publicidade, se tal for necessário, segundo as circunstâncias do caso”.² Ressalte-se que ao referir o modo como seriam prestadas as informações, o legislador expressamente vinculou que a informação adequada ao consumidor deva ser por escrito (o que ocorre no tocante às embalagens, recipientes e invólucros) e apenas excepcionalmente via oral (admissível apenas, e de acordo com as circunstâncias identificadas, na publicidade).

Não se diferem periculosidade ou nocividade em vista das normas do CDC, porquanto ambas são qualidades do produto que se associam à consequência potencial de lesão à saúde e segurança dos consumidores. Tratam-se, assim, de elementos normativos do tipo, que deverão ser avaliados em acordo com o caso, em consideração ao produto a que se referem assim como a exata identificação e dimensão dos riscos efetivos que representam.

A consumação do crime opera-se, conforme ensina João Batista de Almeida, com a divulgação, ou entrega ao comércio ou ao consumidor, do produto, sem o fornecimento da respectiva informação ostensiva sobre os riscos.³ Trata-se, pois, de crime de mera conduta.⁴ Mais uma vez aqui, vale a referência a este elemento descritivo do tipo. O dever de informar para ser adequadamente atendido – e em sentido inverso, sua violação que pode caracterizar a conduta típica do artigo 63 – depende da existência ou não de informação ostensiva. Este caráter osten-

1. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 905.

2. *Idem*, p. 909.

3. ALMEIDA. A proteção jurídica do consumidor, p. 213.

4. PASSARELLI. Os crimes contra as relações de consumo, p. 53.

sivo da informação, cujo não atendimento subsume-se ao tipo do artigo 63, remete às noções de informação destacada, que chame a atenção, e que seja facilmente percebida e compreendida pelos consumidores.

Trata-se, assim, de um crime de perigo abstrato. Logo, não exige para sua configuração a existência de dano do consumidor. Satisfaz-se, pois, com a demonstração da conduta omissiva do fornecedor. Contudo, uma questão que gera certa discussão doutrinária, diz respeito à possibilidade de caracterização do crime sob as modalidades dolosa e culposa (tipo subjetivo). A lei expressamente admite a forma culposa, neste sentido atendendo ao princípio da excepcionalidade que a informa, pela qual esta deve estar expressamente prevista (conforme artigo 18 do CP). Neste sentido, divide-se a doutrina, sustentando Filomeno e Benjamin, a possibilidade de punição da conduta decorrente de imprudência, negligência ou imperícia,⁵ enquanto João Batista de Almeida e Arruda Alvim questionam esta possibilidade, justificando que se trata de espécie de crime omissivo puro.⁶

O sujeito ativo do crime será o fornecedor, podendo neste caso ser considerado todo aquele que atuou para que o produto fosse introduzido no mercado e, tendo em razão de sua participação no processo de fornecimento, o dever de informar sobre os riscos, deixou de fazê-lo. Já como sujeito passivo, tem-se a coletividade de consumidores exposta aos riscos não informados na forma prevista pelo CDC, qual seja, de modo ostensivo, para permitir sua identificação.

As penas previstas para o crime previsto no artigo 63 variam de detenção de seis meses a dois anos e multa, para a hipótese de crime doloso, e de detenção de um a seis meses ou multa, na hipótese de crime culposo. Ou seja, com relação à multa, no crime praticado com dolo será a mesma pena acessória, enquanto no crime culposo será alternativa a critério do juiz. Cumpre lembrar, neste particular, que as multas fixadas como pena criminal serão fixadas em dias-multa, atendendo ao que disciplina o artigo 77 do CDC.

3.2 OMISSÃO DE COMUNICAÇÃO E DE RETIRADA DO PRODUTO NOCIVO OU PERIGOSO DO MERCADO

O tipo pena previsto no artigo 64 do CDC tem íntima ligação com o que estabelece o artigo 63. O tipo previsto no artigo 63 configura-se como a conduta omissiva por deixar de informar riscos relativos à nocividade ou periculosidade de produtos, em geral no momento da oferta do produto e sua introdução no mercado (daí as referências às informações prestadas na embalagem, invólucro ou recipiente). Já o tipo do artigo 64 faz referência a momento posterior ao ingresso do produto no mercado, razão pela qual este deverá ter esta sua periculosidade ou nocividade identificadas posteriormente à sua colocação no mercado e, neste caso, omitir-se de informar às autoridades competentes e aos consumidores, assim como promover as providências necessárias para a retirada do produto do mercado, quando determinado por autoridade competente.

5. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 909-910; FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 691. Inclinando-se no mesmo sentido: FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 140.

6. ALMEIDA. *A proteção jurídica do consumidor...*, p. 213; ARRUDA ALVIM. *Comentários...*, p. 138; PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 55.

Estabelece, assim, o artigo 64 do CDC: “Deixar de comunicar à autoridade competente e aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos cujo conhecimento seja posterior à sua colocação no mercado: Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa. Parágrafo único. Incurrerá nas mesmas penas quem deixar de retirar do mercado, imediatamente quando determinado pela autoridade competente, os produtos nocivos ou perigosos, na forma deste artigo”. Trata-se, pois, de crime omissivo próprio e de mera conduta, de ação única e instantâneo.⁷

O artigo 67 do CDC, a rigor, prevê duas condutas típicas. Uma primeira diz respeito à omissão do fornecedor de informar aos consumidores e à autoridade competente, a nocividade ou periculosidade de que tenha tido conhecimento após a colocação do produto no mercado (artigo 67, *caput*). Logo, não há de se dizer que tinha o dever de informar desde antes da introdução do produto no mercado, porquanto não tinha e nem deveria ter conhecimento da presença de riscos decorrentes da sua periculosidade ou nocividade. Constitui espécie de elemento normativo do tipo, o disposto no artigo 10, § 1.º, do CDC, que estipula: “O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários”.

Trata-se de crime de mera conduta, não se exigindo para que se configure, a existência de qualquer resultado naturalístico. Basta, pois, que tendo conhecimento da periculosidade ou nocividade do produto, deixa de informar aos consumidores e à autoridade competente, ou ainda, que deixe de providenciar sua retirada quando determinado. Da mesma forma, trata-se de crime que só admite a modalidade dolosa.

A segunda conduta típica é a prevista no artigo 64, parágrafo único, a qual, da mesma forma, configura-se pelo conhecimento posterior à introdução do produto no mercado, da sua periculosidade ou nocividade inerente. Contudo, a omissão, neste caso, reside no fato de deixar de retirar imediatamente o produto do mercado, desde quando determinado pela autoridade competente. A omissão se configura pela não retirada do produto quando determinado. Depende, pois, para se configurar, da existência desta determinação da autoridade. Neste sentido, ensina Benjamin, ao relacionar os requisitos objetivos do tipo como sendo: “a) que exista uma determinação da autoridade competente, válida e conforme ao Direito; b) que o produto seja perigoso ou nocivo à incolumidade físico-psíquica do consumidor; c) que a retirada não seja efetuada ou que o seja inoportunamente”.⁸

Note-se que tanto o aviso tardio à autoridade competente ou aos consumidores, assim como a retirada que não seja imediata, não elimina a configuração do crime prescrito na norma do artigo 64.⁹ E no que toca especialmente à descrição estabelecida no parágrafo único do artigo 64, de que a retirada deve se dar *imediatamente*, sua interpretação se estabelece em vista a possibilidade razoavelmente considerada de quem, sendo impelido a realizar a retirada, deve fazê-lo no menor tempo possível.¹⁰ Este período temporal pode ser verificado por critérios técnicos sobre o menor tempo possível para realizar a providência de retirada do produto do mercado, reputando-se que estará satisfeita ou não a expressão indicada no tipo, não em con-

7. Idem, p. 59.

8. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 914.

9. FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 144; MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 914.

10. Assinalando a dificuldade de interpretação da disposição: FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 149; PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 63.

sideração ao início do procedimento de retirada (que pode levar certo tempo, e mesmo não contar, após ter sido iniciado, com a devida agilidade do fornecedor), mas sim, em vista do momento da sua conclusão. Isto porque, a retirada do produto deve ser entendida como o seu recolhimento ao depósito, fora do alcance dos consumidores, e totalmente excluído da atuação comercial das partes, ou ainda, destruídos.

O sujeito ativo dos crimes previstos no artigo 64 será qualquer fornecedor que, tendo conhecimento da nocividade ou periculosidade do produto, deixa de comunicar à autoridade e aos consumidores e, tendo havido determinação desta mesma autoridade competente, não tenha providenciado a imediata retirada do produto do mercado. Da mesma forma, será sujeito passivo dos crimes mencionados, a coletividade de consumidores.

3.3 EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE ALTO GRAU DE PERICULOSIDADE SEM AUTORIZAÇÃO

O tipo penal previsto no artigo 65 do CDC, prevê: "Executar serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente: Pena Detenção de seis meses a dois anos e multa. Parágrafo único. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à lesão corporal e à morte". Trata-se da previsão, em matéria de prestação de serviços como objeto das relações de consumo, da proteção com relação àqueles que apresentem alto grau de periculosidade. Note-se que o legislador, por lapso, não fez referência neste particular aos produtos. Contudo, dentre os requisitos objetivos do tipo temos que: a) o serviço executado possua alto grau de periculosidade; e b) que haja contrariedade à determinação de autoridade competente. Note-se, neste particular, que se trata o tipo em questão de *norma penal em branco*,¹¹ uma vez que a contrariedade à determinação da autoridade depende do conteúdo desta, a ser fixado no seu respectivo âmbito de competência. Define com propriedade Ruy Cirne Lima, mestre maior do direito administrativo, que competência é a medida de poder que a lei confere a uma pessoa administrativa determinada.¹² Logo, a definição de qual a autoridade competente que se subsume aos termos do tipo descrito no artigo 65 do CDC depende de a qual órgão administrativo será conferido o poder em questão. Da mesma forma, para que haja o preenchimento da conduta descrita no tipo, é necessário que tenha existido *determinação de autoridade*. Ou seja, que o órgão administrativo competente tenha se manifestado formalmente sobre as condições, requisitos ou outros aspectos relativos ao serviço prestado pelo fornecedor. Esta manifestação tanto pode ser específica, e concretizada por intermédio de um ato administrativo de autorização, quanto genérica, por intermédio da expedição de normas e demais regulamentos administrativos disciplinando aspectos da prestação de serviço pelo fornecedor. Nada impede, contudo, que a autoridade competente seja mesmo a autoridade judicial, que no exercício do seu poder jurisdicional, realize determinações para cumprimento do fornecedor.

Neste sentido, exemplifica Antonio Herman Benjamin, com a situação da UTI de um hospital que, sem ter equipamentos apropriados, é objeto de determinação judicial, no âmbito de decisão de uma Ação Civil Pública, que proíbe novos atendimentos até a implementação de

11. Conforme Zaffaroni e Pierangeli, normas penais em branco são aquelas que tem seu significado completado por outra norma. Assim: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. Parte geral*. São Paulo: RT, 1997, p. 451-452. No mesmo sentido: JESUS, Damásio de. *Direito penal. Parte geral*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 98-99.

12. CIRNE LIMA, Ruy. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: RT, 1987. p. 187.

melhorias. O desrespeito a esta determinação configuraria, em tese, a conduta típica prevista no artigo 65 do CDC.¹³

Por outro lado, desperta grande insegurança na interpretação e aplicação da norma penal a expressão “alto grau de periculosidade”.¹⁴ Sobre o significado da expressão, duas são as questões a serem enfrentadas. Primeiro, sobre a inexistência de uma definição exata do que significa a expressão. Segundo, o modo de atribuição de significado à norma. Não há como ser definido a priori o que se deve considerar como alto grau de periculosidade. Neste sentido, parece-nos que o critério seguro para a definição do significado da expressão seja a referência às determinações administrativas do órgão competente, cuja atuação pressuporá a caracterização do serviço como perigoso. Isto porque, outro método de interpretação do conceito, consiste na recondução da interpretação do conceito às regras de experiência do juiz, opção que sofre críticas em vista da excessiva indeterminação e subordinação da interpretação e aplicação do tipo penal ao arbítrio judicial.

O parágrafo único do artigo 65 admite expressamente o concurso de crimes, quanto ao homicídio e a lesões corporais, razão pela qual, tendo havido como resultado material do crime lesões corporais (artigo 129 do CP) ou homicídio (artigo 121 do CP), suas penas deverão ser aplicadas de modo independente. Da mesma forma, é correto identificar, ainda que pouco provável na prática,¹⁵ a possibilidade de sua consumação na forma de tentativa, porquanto possa existir a circunstância na qual, estando o fornecedor em fase preparatória da prestação do serviço, é impedido, por exemplo, pela atuação imediata da autoridade competente para fiscalização.¹⁶

É sujeito ativo do crime o fornecedor que executa o serviço perigoso, em desconformidade sem autorização da autoridade competente. Como sujeito passivo, tem-se em primeiro plano a coletividade de consumidores, assim como aquele diretamente exposto ao serviço perigoso. Da mesma forma o será a Administração Pública, em vista do desrespeito à sua autoridade representada pelo descumprimento das normas que estabelece para o regimento do modo de execução do serviço, e sua competência para autorização. O crime de sua vez, só admite a modalidade dolosa, sendo punido com penas de seis meses a dois anos de detenção, e multa, a qual será fixada em dias-multa, de acordo com o que disciplina o artigo 77 do CDC.

3.4 AFIRMAÇÃO FALSA OU ENGANOSA, OU OMISSÃO DE INFORMAÇÃO RELATIVA A PRODUTO OU SERVIÇO

O artigo 66 do CDC, ocupa-se da criminalização de conduta atinente à publicidade ou oferta de produtos ou serviços. Está assim redigida a norma em comentário: “Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena – Detenção de três meses a um ano e multa. § 1.º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2.º Se o crime é culposos; Pena Detenção de um a seis meses ou multa”.

13. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 917.

14. FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 153. PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 63-64.

15. Assim: ALMEIDA. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 215.

16. FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 155.

Cuida-se na hipótese, da proteção da coletividade de consumidores contra a oferta enganosa. Neste sentido, aliás, cumpre uma distinção. Segundo Benjamin,¹⁷ a repressão penal dos crimes relacionados ao *marketing* divide-se entre tipos penais relativos ao *marketing* não publicitário, como é o caso do artigo 66 do CDC, e os demais que pressupõe o desempenho de atividade publicitária para sua configuração (artigos 67 a 69 do CDC). Assim, por exemplo, estará sob a égide do artigo 66, toda a espécie de conduta promocional em que ausente o suporte publicitário, como as técnicas de venda no próprio estabelecimento comercial, ou mesmo nas vendas porta a porta (*door-to-door*). Em todos os casos, a objetividade jurídica em consideração é a proteção da informação e do direito de escolha do consumidor. Trata-se de crimes de mera conduta, que se realizam a partir do comportamento do fornecedor em afirmar informação falsa ou enganosa ou omitir informação relevante. Entretanto, podem ser praticados em concurso formal ou material com outros crimes contra as relações de consumo ou mesmo os tipos previstos no restante da legislação penal.

Os requisitos objetivos do tipo são: a) que tenha sido feita afirmação falsa ou enganosa (as expressões, a nosso ver, se equivalem); ou ainda omissão de informação b) que a informação objeto de falsidade ou omitida seja relevante em vista das características do produto; c) que a informação diga respeito à natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços. O meio empregado para a realização do crime é importante para distinguir o tipo previsto no artigo 66 da conduta típica descrita no artigo 67 do CDC. Note-se que no caso do artigo 66, não há previsão sobre os meios pelos quais será veiculada a informação falsa, ou haverá a omissão da informação. Contudo, até para distingui-lo do tipo previsto no artigo 67, exclui-se da conduta descrita no tipo as informações ou omissões de informação realizadas por intermédio da publicidade.¹⁸ A referência à publicidade enganosa no artigo 67 abrange suas duas espécies, publicidade enganosa comissiva e omissiva, nos termos do artigo 37, § 1.º e § 3.º, do CDC. Assim, interpreta-se o artigo 66 como relativo – conforme já mencionamos, à conduta comissiva ou omissiva do fornecedor, no sentido de fraudar ou ludibriar o consumidor, nas situações em que haja oferta não publicitária, assim como nas tratativas pessoais, muitas vezes com a presença física de ambas as partes.

O artigo 66 do CDC, assim, vincula-se aos requisitos estabelecidos para a oferta pelos artigos 30 e 31 do CDC, contudo se fazendo referência ao fato de que, embora tendo reproduzido em grande parte os critérios de relevância das informações a serem prestadas na oferta (e.g. natureza, qualidade, quantidade), silenciou quanto à necessidade das informações serem prestadas em língua portuguesa. Esta ausência de menção expressa no tipo penal, de requisito exigível no plano civil para cumprimento do dever de informar na oferta de consumo, impõe que se conclua pelo entendimento deliberado do legislador em não criminalizar a conduta de não dispor das informações relevantes em língua portuguesa,¹⁹ o que a nosso ver revela-se uma atitude acertada.

O crime tipificado no artigo 66 admite sua realização sob as modalidades dolosa e culposa. Neste sentido, tanto há de se perquirir a intenção do agente para a realização do crime, quanto se admite a conduta motivada pela imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor.

17. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 921.

18. FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 165; MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 922; PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 71.

19. FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 164.

Como sujeito ativo do crime tem-se o fornecedor, assim como todos que patrocinem ou promovam a divulgação da informação com proveito econômico, da informação que saibam ou deveriam saber ser falsa, assim como da omissão de informação relevante. Como sujeitos passivos, têm-se a coletividade de consumidores, assim como o consumidor individualmente considerado que tenha sido prejudicado pela conduta típica. A pena fixada para o crime é de três meses de detenção e multa, para modalidade dolosa. Já para o crime praticado com culpa, a pena será de um a seis meses de detenção, ou multa, a qual, se aplicada, será fixada em dias-multa, de acordo com o que estabelece o artigo 77 do CDC.

3.5 PROMOÇÃO DE PUBLICIDADE ENGANOSA OU ABUSIVA

O artigo 67 descreve a conduta penal típica da realização ou promoção da publicidade ilícita, enganosa ou abusiva. A repressão penal à publicidade ilícita possui, sem dúvida, uma amplitude em termos de proteção da coletividade de consumidores maior do que o tipo do artigo 66. Isto porque, a atividade publicitária, conforme já examinamos amplamente, tem a potencialidade de causar danos muito mais extensos do que a mera oferta não publicitária, em vista de sua difusão por intermédio das diversas mídias. O caráter amplo dos danos causados pela publicidade ilícita, contudo, contrasta com a simplicidade do tipo estabelecido no artigo 67 do CDC, que dispõe: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva: Pena Detenção de três meses a um ano e multa”. A objetividade jurídica do tipo visa a proteção, tanto do direito à informação e liberdade de escolha dos consumidores (proibição da publicidade enganosa), quanto do respeito à sua integridade física e moral (publicidade abusiva).

Trata-se a espécie de norma penal em branco, uma vez que a definição do que seja publicidade enganosa ou abusiva remete ao exame das definições legais estabelecidas no artigo 37, §§ 1.º e 2.º, do CDC. Referem os dispositivos em questão: “(...) § 1.º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços. § 2.º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Trata-se, mais uma vez, de crime de mera conduta, uma vez que não cogita para sua consumação a produção do resultado lesivo.²⁰ São requisitos objetivos do tipo: a) a realização (“fazer”) ou a promoção de publicidade; b) a existência de uma ação mercadológica que se possa considerar publicidade; c) a caracterização desta publicidade como enganosa ou abusiva. Já como requisitos subjetivos do tipo, a utilização da expressão “que sabe ou deveria saber” conduz a entendimento de que se admite tanto a modalidade dolosa quanto culposa. Isto porque, se sabia ser enganosa ou abusiva a publicidade e a promoveu, age com dolo quem a faz ou promove. Já se eventualmente não sabe, mas deveria saber, induz a que se perceba na conduta que

20. Em sentido contrário, sustentando que se trata de crime de dano: PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 76.

a ausência do conhecimento do caráter enganoso ou abusivo da publicidade deriva de imprudência, negligência ou imperícia do agente, o que se agrava em vista de que ambos os sujeitos ativos do crime, o anunciante-fornecedor e o publicitário, são profissionais em suas respectivas áreas, devendo supor o conhecimento dos aspectos que conduzem à caracterização da publicidade como enganosa ou abusiva. Lembre-se, todavia, como refere João Batista de Almeida, que a interpretação da expressão “deveria saber” constante na descrição da conduta típica, remete, segundo muitos autores, à previsão do dolo eventual, sobretudo em vista de que em homenagem ao princípio da reserva legal (artigo 18 do CP), a admissão da modalidade culposa deveria constar expressamente em um parágrafo do respectivo artigo.²¹ Parece-nos, contudo, que a modalidade culposa resulta identificada a partir da expressão “deveria saber”, constante na descrição da conduta típica.²² Ora, se deveria saber e não sabe tratar-se a publicidade de espécie enganosa ou abusiva, é porque violou dever de cuidado e, sobretudo, de perícia, no que consta que tenha sido realizada e promovida por profissionais. A nosso ver, com o devido respeito aos entendimentos em contrário, é o que basta para que haja a configuração da culpa do agente.

O tipo penal é sucinto ao indicar as condutas “fazer” ou “promover” publicidade. O fazer, neste sentido, remete à noção de elaborar, planejar, criar as peças publicitárias, seu plano de divulgação, enfim, a conduta que indique a produção da peça publicitária. Neste sentido, abrange como sujeito ativo do crime, sob esta perspectiva, o publicitário, o qual pode praticar o crime em concurso com o anunciante-fornecedor, a quem cabe a aprovação final da peça publicitária. Isto porque, muitas vezes, o publicitário já recebe do anunciante-fornecedor os termos nos quais pretende que se produza a peça publicitária, incluindo as mensagens ou aspectos que busca destacar e, muitas vezes mesmo, aspectos formais como deveria ser realizada ou transmitida. Questiona-se neste aspecto a possibilidade de imputação da responsabilidade criminal do veículo de comunicação ou de quem divulgue a publicidade (tanto em rádios, jornais ou revistas, quanto em *outdoors*, painéis, distribuição de panfletos etc.). Não há dúvida que, quando tenha sido a publicidade realizada pelo próprio veículo de comunicação ou empresa de divulgação (como pode ser o caso das empresas que oferecem espécie de serviço acessório de elaboração da peça publicitária a seus clientes que desejam anunciar), há responsabilidade criminal do dirigente ou responsável, na medida da sua culpabilidade.²³ Assim como há, em relação aos membros de uma equipe, e os dirigentes da agência de publicidade, responsabilidade pela publicidade veiculada, também avaliada na medida da sua culpabilidade. Já no que tange à expressão “promover”, indica-se naturalmente a responsabilidade do anunciante-fornecedor, que patrocina e aprova a publicidade em questão, e que por isso responderá pessoalmente na pessoa de quem tenha autorizado ou de seus dirigentes.

Por outro lado, embora a conduta típica remeta à norma do artigo 37 do CDC para definição do que se deva considerar como publicidade enganosa ou abusiva, é sabido que, especialmente em relação ao conceito de abusividade em matéria publicitária, há certa abertura de

-
21. ALMEIDA. *A proteção jurídica do consumidor...*, p. 217. Sustentando tratar-se de dolo eventual, dentre outros: FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual dos direitos do consumidor*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 139; ARRUDA ALVIM. *Comentários...*, p. 145; FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 177-178.
 22. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...* p. 940. Em sentido contrário: PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 76-77.
 23. COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 292; FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 179.

significado do conceito do que seja abusivo. Esta abertura ou imprecisão conceitual, que em direito civil conduz a uma importante e salutar flexibilidade de interpretação da norma no que se refere ao tipo penal pode ser criticável pela relativa indeterminação, em contradição com as exigências técnicas de fixação do tipo. Em sentido contrário, Antonio Herman Benjamin sustenta que a amplitude do tipo penal não é sem razão. A criação de infrações penais “gerais” permite uma maior adaptabilidade do tipo penal às mutações mercadológicas, velozes por excelência.²⁴

O sujeito ativo do crime, assim, será o publicitário, o anunciante-fornecedor e, eventualmente, o veículo de comunicação ou qualquer outro que divulgue a publicidade ilícita. Como sujeito passivo tem-se a coletividade de consumidores e o consumidor individualmente considerado que porventura tenha sido diretamente atingido pela publicidade ilícita em questão.

Admite-se o concurso de crimes, conforme seja a espécie de publicidade ilícita produzida, se enganosa ou abusiva. Assim por exemplo, tratando-se de publicidade abusiva, se este caráter se der em vista da incitação à violência, pode haver concurso com os crimes previstos nos artigos 287 do CP (apologia ao crime ou criminoso). Da mesma forma a publicidade que seja abusiva em razão de atentar contra a proteção legal que o Estado confere à criança e ao adolescente, hipótese em que há concurso com os tipos dos artigos 228 e 254 do CP.²⁵ Da mesma forma, há de se reconhecer a possibilidade de tentativa, porquanto possa a publicidade estar pronta para a divulgação, mas esta ser obstada por fatos alheios à vontade do agente. A pena para o crime é de detenção de três meses a um ano, e multa, sendo esta fixada nos termos do artigo 77 do CDC.

3.6 PROMOÇÃO DE PUBLICIDADE PREJUDICIAL OU PERIGOSA

O artigo 68 do CDC, estabelece como crime a realização de publicidade prejudicial ou perigosa. Assim é redigido: “Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança: Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa”. Mais uma vez aqui, a finalidade do legislador é a proteção da integridade física e moral do consumidor, assim como seu direito à informação. Trata-se de espécie de tipo penal complementar ao artigo 67, que tipifica a conduta de promoção da publicidade enganosa ou abusiva. Isto porque, dentro da definição de publicidade abusiva, já se encontra aquela “capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (artigo 37, § 2.º). Todavia, a justificativa do tipo penal mais restrito, tendo em conta apenas o aspecto mais lesivo aos consumidores, como é o caso de sua integridade psicofísica, se encontra na previsão de sua pena-base maior (seis meses a dois anos de detenção e multa), em relação à prevista para o artigo 67 (três meses a um ano e multa).²⁶ Obedece assim, ao princípio da graduação da pena, em vista do caráter mais lesivo da conduta típica descrita.

Assim como nos referimos com relação ao disposto no tipo penal do artigo 67, a descrição da conduta a partir das referências a “fazer” ou “promover” publicidade, diz respeito à atuação

24. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 939.

25. Para mais exemplos, veja-se: FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 180-181.

26. Eliana Passarelli crítica a opção legislativa da norma em destaque, sustentando que deveria ser prevista como espécie de qualificadora do tipo do artigo 67. PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 77.

do agente no sentido de elaborar, planejar, criar as peças publicitárias, seu plano de divulgação, enfim, a conduta que indique a produção da peça publicitária. Daí porque relaciona como possíveis sujeitos ativos do crime o publicitário, o qual pode praticar o crime em concurso com o anunciante-fornecedor, este a quem compete a aprovação final da campanha ou peça publicitária. Em muitas situações, como referimos, o publicitário já recebe do anunciante-fornecedor os termos nos quais deve ser produzida a peça publicitária, incluindo as mensagens ou aspectos que devem ser colocados em relevo, assim como, muitas vezes, aspectos formais como deve ser realizada ou transmitida. Da mesma forma, cabe aqui a referência sobre a possibilidade ou não de responsabilidade criminal do veículo de comunicação ou de quem divulgue a publicidade (em rádios, jornais ou revistas, quanto em *outdoors*, painéis, distribuição de panfletos etc.). Repetimos assim nosso entendimento com relação ao tipo previsto no artigo 67. Tendo sido a publicidade realizada pelo próprio veículo de comunicação ou empresa de divulgação (como pode ser o caso das empresas que oferecem espécie de serviço acessório de elaboração da peça publicitária a seus clientes que desejam anunciar), há responsabilidade criminal do dirigente ou responsável, na medida da sua culpabilidade.²⁷ Igualmente se dará com respeito aos membros de uma equipe, e os dirigentes da agência de publicidade, que tenha responsabilidade pela publicidade veiculada, também avaliada na medida da sua culpabilidade. Em relação à expressão "promover", nela está contida a atuação do anunciante-fornecedor, que patrocina e aprova a publicidade em questão, e que por isso responderá pessoalmente na pessoa de quem tenha procedido a autorização, ou de seus dirigentes.

O crime constitui-se em crime de mera conduta, não necessitando assim, que em razão da publicidade tenha decorrido prejuízo ao consumidor, bastando a identificação da existência da publicidade com capacidade de induzir o consumidor a comportar-se de modo perigoso ou prejudicial a sua saúde. Assim, podem ser destacados como requisitos do tipo penal do artigo 68 do CDC: a) que tenha sido feita ou produzida publicidade em qualquer de suas formas; b) que esta publicidade tenha capacidade para induzir o consumidor a comportar-se de modo perigoso ou prejudicial à sua saúde e segurança. Induzir, neste sentido, significa persuadir, mover, ou estimular alguém a realizar determinado ato. Há, portanto, uma iniciativa, consciente ou não, de atuar na formação da vontade de outrem.²⁸ Note-se que o exame sobre a capacidade de indução da publicidade deve se dar com o reconhecimento de critérios técnicos, envolvendo os conhecimentos das áreas de psicologia, comunicação social e medicina. O próprio Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, editado pelo CONAR, prevê em seu artigo 33: "Este Código condena os anúncios que: (a) manifestem descaso pela segurança, sobretudo quando neles figurarem jovens e crianças ou quando a estes for endereçada a mensagem; (b) estimulem o uso perigoso do produto oferecido; (c). deixem de mencionar cuidados especiais para a prevenção de acidentes, quando tais cuidados forem essenciais ao uso do produto; (d) deixem de mencionar a responsabilidade de terceiros, quando tal menção for essencial; (e) deixem de especificar cuidados especiais no tocante ao uso do produto por crianças, velhos e pessoas doentes, caso tais cuidados sejam essenciais". Da mesma forma pode o juiz identificar no conteúdo da publicidade, segundo regras de experiência, o incentivo (que por si revela a aptidão para induzir o comportamento) a determinadas práticas perigosas ou lesivas ao consumidor. Assim por exemplo, a publicidade que mostra automóveis trafegando em velo-

27. COELHO, Fábio Ulhõa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 292; FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 179.

28. *Idem*, p. 186.

cidade além dos limites permitidos no Brasil, ou aquela dirigida a crianças, que mostra personalidades infantis comportando-se de modo perigoso.

As expressões presentes no tipo penal, “sabe” ou “deveria saber”, conduzem a que, no tocante aos seus elementos subjetivos do tipo, possa o crime ser praticado com dolo ou culpa, em que pesem os respeitáveis entendimentos em contrário relativos.²⁹

Pode haver concurso do crime previsto no artigo 68 do CDC com outros crimes tipificados no Código Penal, como é o caso de homicídio (artigo 121 do CP) e lesões corporais (artigo 129 do CP). Da mesma forma, poderá o crime ser cometido em concurso de pessoas (coautoria ou participação), considerando a atuação do publicitário, do fornecedor-anunciante e de outros profissionais que se ocupem da divulgação da publicidade para os consumidores.

3.7 OMISSÃO NA ORGANIZAÇÃO DE DADOS RELATIVOS À PUBLICIDADE

O artigo 69 do CDC, determina como crime: “Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade: Pena Detenção de um a seis meses ou multa”. Segundo salienta Filomeno, a preocupação essencial neste tipo penal é de “tornar efetiva as obrigações estabelecidas pela parte material do Código”.³⁰ O dever do fornecedor de manter os dados fáticos que embasam a publicidade está previsto no artigo 36, parágrafo único, do CDC, com a seguinte redação: “O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem”.

Mais uma vez a hipótese é de crime de mera conduta, assim como de tipo que só irá admitir como elemento subjetivo sua prática a título de dolo.³¹ No que se refere aos seus elementos objetivos, tem-se: a) a existência de publicidade; b) deixar de organizar os dados que comprovem o conteúdo da mensagem publicitária. A noção de “dados” expressa na norma, deve ser considerada como abrangente de todas as informações que digam respeito à publicidade em questão e que sejam úteis para comprovação de sua veracidade. No que diz respeito às espécies de dados a serem arquivados, relacionam-se os de natureza fática, técnica e científica. Os primeiros dizem respeito aos elementos de fato que a própria mensagem publicitária divulgou, como é o caso do uso de expressões como “o mais barato da cidade”, “o preferido das donas de casa”, dentre outros. Por outro lado, os dados técnicos dizem respeito ao método ou modo de funcionamento do bem, enquanto os dados científicos são aqueles que buscam apoio em qualquer das ciências.³²

O sujeito ativo do crime será aquele a quem se imputa o dever de organizar os dados relativos à publicidade, no caso, o fornecedor. Não são sujeitos ativos do crime o publicitário ou quem divulgue a publicidade, como é o caso dos veículos de comunicação. Já como sujeito passivo do crime tem-se a coletividade de consumidores exposta à publicidade, e a quem interessa o acesso às informações.

29. Em sentido contrário, os que sustentam a necessidade de previsão expressa da conduta culposa, e que, diante de sua ausência, interpretam a expressão “deveria saber” como previsão relativa ao dolo eventual, conforme mencionamos no item 3.5, relativamente ao crime previsto no artigo 67 do CDC.

30. FILOMENO. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado..., 8. ed., p. 730.

31. No mesmo sentido: PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 80.

32. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 944-945.

3.8 EMPREGO DE COMPONENTES USADOS SEM AUTORIZAÇÃO DO CONSUMIDOR

O artigo 70 do CDC, determina como crime: “Empregar na reparação de produtos, peça ou componentes de reposição usados, sem autorização do consumidor: Pena Detenção de três meses a um ano e multa”. Trata-se de tipo penal que visa conferir efetividade ao dever estabelecido no artigo 21 do CDC. Prevê esta norma: “No fornecimento de serviços que tenham por objetivo a reparação de qualquer produto considerar-se-á implícita a obrigação do fornecedor de empregar componentes de reposição originais adequados e novos, ou que mantenham as especificações técnicas do fabricante, salvo, quanto a estes últimos, autorização em contrário do consumidor”. Trata-se de um tipo penal que vem a complementar a previsão do artigo 175 do CP, relativo à fraude no comércio.³³ O sujeito ativo do crime, neste sentido, é o prestador do serviço de reparação, sendo sujeito passivo a coletividade de consumidores potencialmente sujeita aos prejuízos decorrentes da conduta ilícita do fornecedor. O cometimento do crime se dá apenas na modalidade dolosa, consistente na vontade livre e consciente de empregar peças ou componentes usados sem ter a competente autorização do consumidor.

Os elementos objetivos do tipo são: a) a prestação do serviço de reparação de produto; b) o emprego de peça ou componente de reposição usado; c) a ausência de autorização do consumidor. Note-se que o crime em questão apenas ocorre na hipótese de emprego de peça ou componente de reposição usado na prestação de serviços de reparação. Não atinge as situações em que há reposição desnecessária de peças (se novas), nem tampouco a utilização de peças usadas na fabricação de produtos. Por peças usadas entende-se aquelas que já tenham sido utilizadas, após sua utilização, ao menos uma única vez. Assim, embora o artigo 21 do CDC exija a utilização de peças novas e originais, ao criminalizar a conduta houve previsão apenas a que a peça utilizada não seja nova, não se exigindo sua falta de originalidade. Por originais têm-se as peças de mesma origem e qualidade daquela utilizada no processo de fabricação do produto. Contudo, o emprego de peças não originais, embora configure um ilícito civil, não poderá ser considerado um ilícito penal, a teor do que dispõe o artigo 70 do CDC.

No caso da utilização de peças usadas na produção de produtos, contudo, ainda que a hipótese não esteja abrangida pelo tipo do artigo 70, a proteção do consumidor pode ser alcançada pelo tipo estabelecido no artigo 7.º, VII, da Lei 8.137/90, que descreve como conduta típica: “Induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária”.³⁴ E da mesma forma, por intermédio do crime de estelionato, previsto no artigo 171 do CP, hipótese em que não se exige o dano, mas simplesmente a o perigo ao objeto jurídico tutelado.³⁵

Outra questão de relevo quanto à correta interpretação e aplicação da norma do artigo 70 do CDC, diz respeito ao requisito objetivo da ausência de autorização do consumidor. Como regra no direito do consumidor, a autorização desta para realização de providência que em tese é a exceção à regra (utilização de peças usadas ao invés de novas), deve ser expressa. Entretanto, admite-se a autorização implícita quando, o consumidor vier a buscar os serviços de um

33. FILOMENO. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado..., 8. ed., p. 733.

34. Neste sentido: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 947.

35. Identificando a proximidade entre os tipos penais: PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 81.

prestador que sabidamente trabalhe apenas com peças usadas, recondicionadas,³⁶ assim como nas hipóteses em que a autorização é feita após o emprego da peça, hipótese em que desaparece a incriminação.³⁷

Há, da mesma forma, de ser reconhecida a possibilidade de tentativa,³⁸ porquanto exista a possibilidade de perceber-se a tempo de evitar a colocação das peças ou componentes usados durante a execução do serviço de reparação do produto.

3.9 COBRANÇA ABUSIVA DE DÍVIDAS

O artigo 71 do CDC prevê como crime: “Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer: Pena Detenção de três meses a um ano e multa”. Trata-se da norma que criminaliza conduta igualmente rejeitada disposto no artigo 42, *caput*, do CDC que estabelece: “Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”. A norma penal do artigo 71, neste sentido, é ainda mais específica na descrição da conduta proibida, do que o previsto no artigo 42 do CDC. Isso porque, além da referência às situações de exposição ao ridículo, constrangimento ou ameaça, o legislador faz referência, ainda a uma série de situações como afirmações incorretas ou enganosas, assim como a proteção do consumidor com relação a procedimentos que interfiram em seu trabalho, descanso ou lazer. Da mesma forma, a norma do artigo 42-A do CDC, introduzido pela Lei 12.039/2009, refere que “em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente”. Para efeito do tipo penal do artigo 71 do CDC, eventual falsidade das informações indicadas no artigo 42-A pode dar causa à caracterização do crime nele estabelecido, uma vez que resultem na exposição do consumidor ou interfiram no seu trabalho, descanso ou lazer.

Em primeiro lugar deve ser explicitado de que a norma penal em comento não veda a cobrança de dívidas em si mesmo, o que de resto seria inaceitável. O que se controla, pela tipificação da conduta como crime, é o modo como se realiza a cobrança da dívida, criminalizando-se a utilização de meios que constriam ou afetem a integridade psicofísica do consumidor.

São elementos objetivos do tipo: a) a existência de uma dívida a ser cobrada; b) a utilização, na cobrança da dívida, alternativa ou cumulativamente, de: b.1) ameaça; b.2) coação; b.3) constrangimento físico ou moral; b.4) afirmações falsas incorretas ou enganosas; b.5) qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer. Note-se que a norma tem tipo aberto ao prever a criminalização de “qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente”. A tarefa de preenchimento do significado conceitual das expressões em apreço será do juiz. O critério de avaliação do exercício do direito de cobrança em relação às práticas previstas no artigo 71 do

36. FONSECA. Direito penal do consumidor..., p. 200.

37. *Idem*, p. 201; MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 948.

38. FILOMENO. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado..., 8. ed., p. 736; FONSECA. Direito penal do consumidor..., p. 202-203. ALMEIDA. A proteção jurídica do consumidor..., p. 220.

CDC, deve observar a existência de qualquer uma das situações ali descritas. Por *ameaça* entende-se a conduta capaz de atemorizar a vítima. Já no que se refere à *coação*, trata-se de temor de dano ou grave ameaça de dano, assim como no constrangimento físico ou moral, resta configurada a utilização de ameaça imediata de danos ao consumidor, ainda que possa ser considerada como abrangida pela referência expressa à ameaça ou coação.³⁹

Já no que diz respeito à vedação de que o exercício do direito de cobrança interfira no trabalho, descanso ou lazer do consumidor-devedor, parece-nos que esta conduta penal típica deve ser compreendida em conjunto com o disposto na parte antecedente do dispositivo, que lhe determina o elemento finalístico da disposição. Ou seja, será crime a cobrança que interfira no trabalho, descanso ou lazer do consumidor quando esta interferência tenha por conteúdo o constrangimento ou sua exposição ao ridículo. Caso contrário, em muitas situações a própria cobrança de dívidas se tornaria inviável, a considerar-se que alguém, quando não esteja no seu lugar de trabalho, estará em descanso ou atividades de lazer, impedindo na prática a cobrança da dívida em qualquer ocasião. Neste sentido é que o entendimento acerca desta interferência no local de trabalho vem admitindo interpretações pelas quais é cabível sua configuração em situações, nas quais o exercício da cobrança envolve incômodos para os colegas de trabalho do devedor, submetendo-o a ofensas, assim como a situação em que se afixa cartaz no estabelecimento comercial, dando destaque ao fato da inadimplência.⁴⁰ Da mesma forma, a utilização de cartas lacradas e de telefonemas requerendo seu comparecimento à empresa de cobranças, não configura não é considerada, conforme decisões já prolatadas, hipótese de aplicação do artigo 71 do CDC.⁴¹

O sujeito ativo do crime será quem realizar a cobrança da dívida, podendo ser o fornecedor titular do crédito, assim como o responsável ou os funcionários da empresa de cobrança que realizam qualquer uma das condutas relacionadas no tipo previsto pelo artigo 71 do CDC. Como sujeitos passivos têm-se a coletividade de consumidores lesada pela conduta dos fornecedores, assim como o consumidor lesado diretamente pela atuação criminosa.⁴² O crime só é admitido sob a forma dolosa, podendo ser caracterizado tanto o dolo direito, quanto o dolo eventual.

3.10 IMPEDIMENTO OU OBSTÁCULO DE ACESSO A INFORMAÇÕES

O artigo 72 do CDC prevê como crime: "Impedir ou dificultar o acesso do consumidor às informações que sobre ele constem em cadastros, banco de dados, fichas e registros: Pena Detenção de seis meses a um ano ou multa". A finalidade da disposição é a proteção dos consumidores em relação ao conhecimento de informações constantes nos arquivos de consumo. Note-se que o acesso a estas informações, constantes em arquivos de consumo, é garantida ao consumidor por intermédio do recurso constitucional do *habeas data*. Entretanto, sua existência não compromete a utilidade do artigo 72 do CDC. Isto porque a norma em questão criminaliza conduta que se apresenta como violadora dos deveres impostos ao fornecedor, por intermédio do artigo 43 do CDC, mediante a atuação do fornecedor para impedir ou di-

39. FONSECA. Direito penal do consumidor... p. 208.

40. ALMEIDA, João Batista. *A proteção jurídica do consumidor*, p. 221.

41. *Idem*, p. 221.

42. Em sentido contrário, é o entendimento de Antonio Herman Benjamin, ao identificar exclusivamente a coletividade de consumidores como sujeito passivo do crime: MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários*..., p. 950-951.

ficultar o acesso às informações pelo consumidor. O objeto jurídico principal do crime em exame é a proteção das relações de consumo e, em seguida, o direito de acesso a informações pelos consumidores.⁴³

Trata-se de crime comissivo, na medida em que exige uma ação do fornecedor, e doloso, devendo estar caracterizada a vontade livre e consciente do fornecedor de impedir o acesso às informações pelo consumidor. São elementos objetivos do tipo: a) a existência de dados relativos ao consumidor em cadastros, bancos de dados, fichas e registros; b) a ação do fornecedor visando impedir ou dificultar o acesso a estes dados. Uma vez que se trate de crime de mera conduta, não há necessidade de demonstração de prejuízo pela falta de acesso às informações por parte do consumidor.⁴⁴ Trata-se apenas, como se depreende do núcleo do tipo, de *impedir* ou *dificultar*. *Impedir*, significa neste caso tornar impossível, proibir, vedar, opor-se, não permitir.⁴⁵ Já *dificultar*, no caso, deve ser interpretado como embaraçar, impor condições exageradas, fazer demorar.

O sujeito ativo do crime é o fornecedor ou quem mantenha banco de dados em que constem as informações solicitadas pelo consumidor. Neste sentido, podem ser sujeitos ativos do crime, tanto os fornecedores que coletam e mantêm em seus arquivos as informações solicitadas até empresas ou demais serviços que tenham por finalidade o arquivamento e gestão destas informações, por intermédio de seus dirigentes ou responsáveis. Como sujeito passivo é considerado tanto a coletividade de consumidores, quanto os consumidores que individualmente tiveram negado seu direito de acesso à informação. Não se admite a tentativa, porquanto o crime de mera conduta, em acordo com as disposições do tipo, restringe-se à conduta completa, integrativa da conduta típica descrita, de *impedir* ou *dificultar*.

Por fim, cumpre referir a pena para prática do crime, como sendo de seis meses a um ano de detenção, ou ainda admitida como pena alternativa a multa, fixada em dias-multa, de acordo com o artigo 77 do CDC.

3.11 OMISSÃO NA CORREÇÃO DE DADOS

O artigo 73 do CDC, prevê como crime: "Deixar de corrigir imediatamente informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata: Pena Detenção de um a seis meses ou multa". O tipo previsto no artigo 73 complementa o disposto no artigo 72 do CDC. Enquanto o artigo anterior refere-se à conduta de impedir o acesso à informação constante nos arquivos de consumo pelos consumidores, o artigo 73 refere-se à omissão do fornecedor ou de quem tenha a gestão do arquivo de consumo, de informações inexatas nele constante. O objeto da proteção, neste caso, é o direito de retificação dos dados inexatos pelo consumidor, previsto no artigo 43, § 3.º, do CDC, que dispõe: "(...) § 3.º O consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas." Cumpre referir que por informações inexatas a teor do disposto no artigo 73, encontram-se aquelas que mantêm dentro

43. PASSARELLI. Os crimes contra as relações de consumo, p. 91.

44. Neste sentido: FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 747. FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 217.

45. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 954.

as informações constantes nos arquivos de consumo dívida já prescrita,⁴⁶ em vista do que dispõe o artigo 43, § 5.º, do CDC (“[...] § 5.º Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”).

Os elementos objetivos do tipo são: a) a existência de informação incorreta em cadastro, banco de dados, fichas ou registros; b) a inexatidão das informações arquivadas; c) a não correção imediata da informação. A descrição da conduta típica faz menção a que o sujeito ativo do crime deixe de “corrigir imediatamente informação”. A interpretação do que se deva considerar como *imediatamente* vincula-se a aspecto temporal que deve ser verificado em cotejo com o momento em que se teve conhecimento da inexatidão. Assim, imediata é a retificação feita desde logo, a partir do momento em que teve ou deveria ter conhecimento da inexatidão. É o caso do momento da reclamação procedida pelo consumidor, ou da verificação do equívoco por intermédio de auditoria das informações arquivadas na empresa. De se admitir aqui, naturalmente, o tempo razoável para o que o fornecedor ou o gestor do banco de dados verifiquem, quando for o caso, a correção das informações corrigidas pelo consumidor. Este prazo, *a priori*, resta estabelecido no artigo 43, § 3.º, que consigna um prazo de 5 (cinco) dias úteis para as providências de retificação. Neste sentido, é de se considerar que a consumação do crime se dá após passados os cinco dias sem que seja providenciada a respectiva retificação do registro.⁴⁷

Trata-se de crime de mera conduta, omissivo puro, razão pela qual na se perquire sobre a existência ou não de resultado danoso para o consumidor. Da mesma forma, as expressões “*sabe*” ou “*deveria saber*” presentes na descrição da conduta, assinalam a punição do crime sob a modalidade dolosa (“*sabe*”) ou culposa (“*deveria saber*”). O sujeito ativo do crime será o arquivista, seja ele o fornecedor que coletou os dados e os mantém arquivados ou o gestor de arquivo de consumo. Como sujeito passivo do crime tem-se a coletividade de consumidores e o consumidor individualmente lesado pela omissão, o qual teve sua dignidade, honra e crédito afetado pela manutenção do registro incorreto. A pena para o crime em exame, de seis meses de detenção ou multa (fixada de acordo com o artigo 77 do CDC), havendo uma equiparação entre as sanções atribuídas aos crimes, independentes se praticados por dolo ou culpa.

3.12 OMISSÃO NA ENTREGA DE TERMO DE GARANTIA

O artigo 74 prevê como crime: “Deixar de entregar ao consumidor o termo de garantia adequadamente preenchido e com especificação clara de seu conteúdo: Pena Detenção de um a seis meses ou multa”. Trata-se de tipo penal bastante criticado pela doutrina penal, em vista de sua suposta contradição com o princípio da insignificância, uma vez que se trata de crime de potencial ofensivo bastante reduzido para a coletividade.⁴⁸

Todavia, tal qual estabelecido, trata-se da proteção penal do dever instituído pelo artigo 50 do CDC, que estabelece: “A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito. Parágrafo único. O termo de garantia ou equivalente deve ser padroni-

46. Neste sentido: FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 748.

47. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 957; FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 225; FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 748. PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 95.

48. FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 229.

zado e esclarecer, de maneira adequada em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações". Da interpretação do artigo 50 do CDC, percebe-se que a garantia a qual faz referência o CDC – e inclusive o artigo 74 do CDC, é aquele relativo à garantia contratual, quando esta existir. A garantia legal, conforme estabelece o artigo 24 do CDC, independe de termo expresso.

Deste modo, verificam-se como elementos objetivos do tipo do artigo 74 do CDC: a) a existência de garantia contratual; b) a não entrega de termo de garantia que explicita de modo claro seu conteúdo e abrangência. A finalidade da disposição é a proteção do direito à informação do consumidor. Da mesma forma, configura-se em um crime omissivo puro, de mera conduta, razão pela qual não se há de perquirir o resultado danoso decorrente da lesão. Entretanto, considere-se que a mera entrega do termo de garantia, por si só, não afasta a configuração do crime, porquanto este poderá se caracterizar na hipótese do termo de garantia oferecido pelo fornecedor ao consumidor não for "adequadamente preenchido e com especificação clara do seu conteúdo".⁴⁹ O que se deva considerar como "adequadamente preenchido" segundo descrição da conduta típica, terá seu significado estabelecido pelo artigo 50 do CDC, que estabelece – como vimos – uma série de requisitos a serem observados em relação ao conteúdo do termo de garantia.

O crime descrito no artigo 74 será praticado apenas mediante dolo do agente. Como sujeito ativo do delito tem-se o comerciante que deixa de entregar o termo de garantia, mas também o fabricante quando competir a ele o fornecimento de termos de garantia padronizados, acompanhando o produto. Como sujeito passivo tem-se a coletividade de consumidores. Neste sentido, menciona Benjamin um aspecto que denota claramente este caráter coletivo do sujeito passivo, fazendo referência a que não descaracteriza o crime o fato do termo de garantia ser entregue após o fornecimento do produto, mediante anuência do consumidor. Sustenta, então que mesmo na hipótese de concordância do consumidor, considerando ser a coletividade de consumidores, a lesada pela conduta em questão, o crime será reputado como consumado.

49. PASSARELLI. Os crimes contra as relações de consumo, p. 100.

CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES

4

Constituem circunstâncias agravantes, previstas no artigo 76 do CDC, o fato dos crimes: "I – serem cometidos em época de grave crise econômica ou por ocasião de calamidade; II – ocasionarem grave dano individual ou coletivo; III – dissimular-se a natureza ilícita do procedimento; IV – quando cometidos: a) por servidor público, ou por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima; b) em detrimento de operário ou rurícola; de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência mental, interditadas ou não; V – serem praticados em operações que envolvam alimentos, medicamentos ou quaisquer outros produtos ou serviços essenciais". As circunstâncias agravantes são aquelas específicas que se apresentam no cometimento de um determinado crime, as quais, por sua natureza, aumentam a reprovação social do mesmo. Neste sentido, o CDC vai prever no artigo 76 uma série de circunstâncias agravantes, desde aquelas que envolvam considerações político-criminais como as dos incisos I, II e V, até aquelas que dizem com o sensível aumento do grau de culpabilidade do delito, como é o caso das previstas nos incisos III e IV. No caso, as agravantes previstas no CDC, relativas ao aumento do grau de culpabilidade do agente são aquelas que indicam uma atuação dolosa específica do sujeito passivo com dissimulação do ilícito (inciso III, cuja aplicação pode se dar, e.g., em relação aos crimes relativos à publicidade ilícita), ou mesmo aquelas que dizem respeito ao aproveitamento da situação de desigualdade e superioridade econômica ou psicofísica do ofensor sem relação à vítima (inciso IV, b), ou ainda por quem viole seu dever funcional (inciso IV, a). Por outro lado, considera-se agravante o fato do crime ter sido cometido em relações que tenham por objeto produtos ou serviços essenciais, uma vez que em tais circunstâncias há um aumento das consequências lesivas do ilícito, o que também ocorre com relação ao disposto nos incisos I e II, do artigo 76.

Além das agravantes expressamente previstas no CDC, também devem ser reconhecidas as circunstâncias agravantes previstas no Código Penal,¹ com especial relevo para a situação da reincidência. A reincidência, prevista como agravante pelo artigo 61, I, do CP, é plenamente aplicável no sistema do direito penal do consumidor, até em garantia da efetividade das normas do CDC, assim como, conforme ensina Antônio Cezar Lima Fonseca, constitui-se em *meras circunstâncias e não em elementares do crime*.²

1. Sobre o tema diverge a doutrina. Para um panorama das opiniões divergentes, veja-se: FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 103.
2. FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 103.

Da mesma forma parecem incidir na espécie as atenuantes genéricas previstas no Código Penal, quando pertinentes em vista do caso concreto, em simetria com as razões esposadas para o reconhecimento das circunstâncias agravantes, em vista da necessidade de determinar-se uma pena adequada para o criminoso.

OUTRAS PENALIDADES E PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

5

O artigo 78 do CDC estabelece que: “Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos artigos 44 a 47, do Código Penal: I – a interdição temporária de direitos; II – a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, às expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação; III – a prestação de serviços à comunidade”. A lei outorga, assim, ao juiz a possibilidade de aplicação cumulativa às penas estabelecidas nos respectivos tipos penais, ou sua substituição em face das penas previstas no artigo 78 do CDC. A substituição ocorrerá quando: “(...) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente” (artigo 44 do CP).

Há certa discussão na doutrina sobre o fato de serem as penas previstas no artigo 78 do CDC autônomas ou não. Se consideradas autônomas, será permitido ao juiz escolher a sanção mais adequada,¹ dentre aquelas fixadas como pena-base do tipo e as estabelecidas no mencionado artigo 78. Por outro lado, considerando serem penas acessórias, acrescem às penas previstas nos respectivos tipos penais.² O fato é que, após a promulgação do CDC o legislador veio a alterar o Código Penal, estabelecendo as penas previstas em seus artigos 44 e ss., como espécies de penas alternativas. Entretanto, consideramos que o regime do CDC constitui norma especial em relação ao Código Penal, estabelece a faculdade judicial da determinação das penas previstas no artigo 78 como *penas alternativas*, no sentido ora previsto no Código Penal, ou *acessórias*, aplicando-as cumulativamente às penas fixadas no tipo. Cumpre ao juiz, ao decidir pela substituição, fundamentar sobre as razões do seu convencimento, em especial no que diz respeito ao juízo de culpabilidade, antecedentes e conduta social do condenado, assim como a adequação da pena substituída determinada. Para tanto, poderá estabelecer o tempo de cumprimento da pena estabelecida dentre as alternativas do artigo 78 do CDC, pelo mesmo tempo da pena substituída, com exceção da situação em que a pena substituída é de até um ano, situação em que a pena restritiva de direitos poderá ser interposta por período menor, mas nunca inferior à metade daquela, conforme se depreende da interpretação do artigo 55, combinado com o artigo 46, § 4.º, do CP.³

1. Neste sentido: FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 82.

2. Defende este entendimento: FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 759.

3. FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 83.

No que tange à interdição temporária de direitos a que se refere o inciso I, do artigo 78 do CDC, esta consiste, de acordo com o artigo 47 do CP, na: "(...) I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. IV – proibição de frequentar determinados lugares”.

Note-se que a pena restritiva de direitos poderá ser convertida em pena privativa de liberdade, na hipótese de descumprimento injustificado da restrição imposta (artigo 44, § 4.º, do CP), assim como na hipótese de sobrevir condenação à pena privativa de liberdade por outro crime, poderá o juiz da execução decidir sobre a conversão, deixando de aplicar a pena mais grave (privativa de liberdade), se possível ao condenado o cumprimento de pena menor.

No que tange à pena de prestação de serviços à comunidade, o artigo 46 do CP, estabelece: “Artigo 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade; § 1.º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. § 2.º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais. § 3.º As tarefas a que se refere o § 1.º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho. § 4.º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (artigo 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada”.

No que se refere à pena prevista no artigo 78, inciso II, do CDC, prevendo a publicação da notícia da condenação em órgãos de comunicação de grande circulação e audiência, trata-se de típica hipótese de pena acessória, estabelecendo em conjunto com a pena de detenção ou multa estabelecida pelo juiz, que se dê conhecimento amplo do fato do processo e da condenação do ofensor.⁴

No caso dos crimes previstos no CDC, note-se que pela pena-base fixada (todas até o máximo de dois anos de detenção), seu processamento será de competência dos Juizados Especiais Criminais, em vista do que estabelece o artigo 61 da Lei 9.099/95, havendo possibilidade de composição dos danos e conciliação das partes na fase preliminar (artigo 72 da Lei 9.099/95). No mesmo sentido, não havendo conciliação, a legislação permite que o Ministério Público faça, desde logo, proposta de aplicação imediata de pena restritiva de liberdade ou multa, a qual poderá ser aceita ou não pelo juiz.⁵ Sendo deferida, a mesma não caracterizará reincidência, nem constará na certidão de antecedentes do réu, apenas constando de registro para evitar que o réu se aproveite do benefício nos cinco anos seguintes (artigo 76, § 4.º, da Lei 9.099/95).

Da mesma forma, com relação aos crimes cuja pena mínima for igual ou inferior a um ano, poderá o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, propor a suspensão do processo por dois

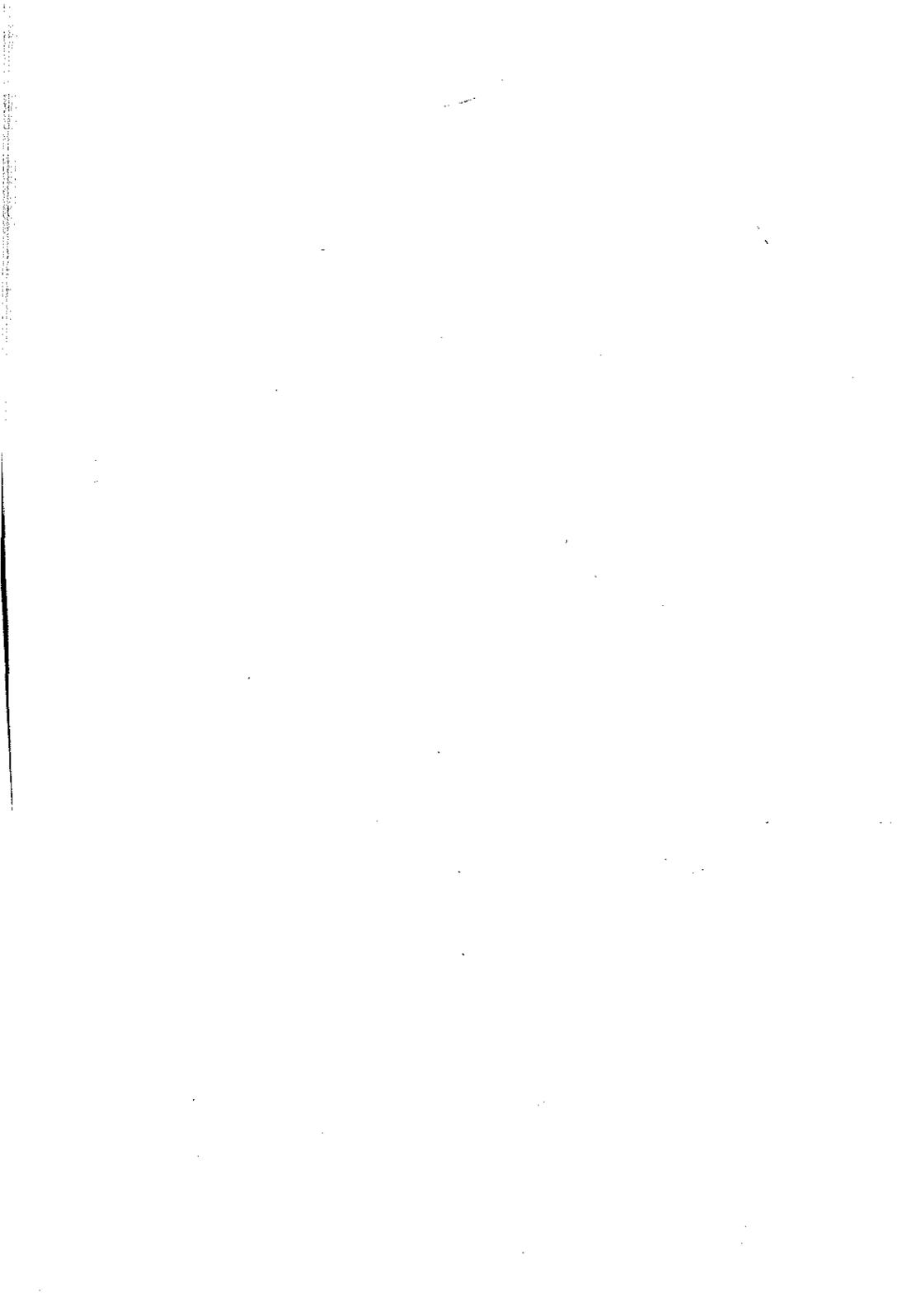
4. Este seria o propósito do artigo 78, segundo refere FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 761.

5. Não caberá proposta do Ministério Público nestes termos, do mesmo modo, quando: “(...) I – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida” (artigo 76, § 2.º, da Lei 9.099/95).

a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado, nem tenha sido condenado por outro crime, bem como estejam presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (previstos no artigo 77 do CP).⁶ Esta suspensão, uma vez deferida pelo juiz, fica subordinada ao cumprimento pelo réu, das seguintes condições: "(...) I – reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – proibição de frequentar determinados lugares; III – proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV – comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades" (artigo 89 da Lei 9.099/95).

Tais consequências derivam dos crimes contra as relações de consumo estabelecidos no CDC, cujas penas não são superiores a dois anos de detenção. A Lei 8.137/90, contudo, ao fixar a pena base dos crimes contra as relações de consumo previstos em seu artigo 7.º, determinou-a de dois a cinco anos de detenção, razão pela qual a competência para julgá-los, não será do Juizado Especial Cível, mas do juízo ordinário, não se aplicando as regras de suspensão previstas na Lei 9.099/95.⁷

-
6. Dispõe o artigo 77 do CP: "A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I – o condenado não seja reincidente em crime doloso; II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no artigo 44 deste Código. § 1.º – A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. § 2.º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão".
7. "Criminal. REsp. Crime contra as relações de consumo. Nulidade da sentença. Contradição. Não ocorrência. Dolo eventual. Caracterização. Suspensão condicional do processo. Pena alternativa de multa. Irrelevância. Recurso desprovido. I. Se não há contradição no decísium, que reconheceu a modalidade dolosa do crime, ante o reconhecimento da ocorrência do dolo eventual na conduta do réu, não há qualquer nulidade a ser declarada, com fundamento no artigo 381, III, do CPP II. Se o quantum da pena mínima do delito imputado ao réu é de 02 anos de detenção – ultrapassando, o limite de 01 ano estabelecido pela Lei 9.099/95 –, incabível a concessão de suspensão condicional do processo. III. Para que seja possível a aplicação do *sursis* processual é necessário que a pena mínima cominada seja inferior a 01 ano, sendo irrelevante a previsão legal de pena pecuniária na forma alternativa ou cumulativa. IV. Recurso desprovido" (STJ, REsp 879846/PR, j. 10.05.2007, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 29.06.2007, p. 707).



RESPONSABILIDADE DOS DIRIGENTES E OUTRAS PESSOAS QUE CONCORREM PARA O CRIME

6

O artigo 75 do CDC estabelece a regra relativa ao concurso de pessoas, nos crimes previstos no próprio Código. Neste sentido, dispõe o artigo 75, nos seguintes termos: "Quem, de qualquer forma, concorrer para os crimes referidos neste Código, incide as penas a esses cominadas na medida de sua culpabilidade, bem como o diretor, administrador ou gerente da pessoa jurídica que promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços nas condições por ele proibidas".

Note-se que a norma do artigo 75 estabelece regra específica e, em alguma medida, reproduz a regra geral estabelecida no artigo 29 do CP: "Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade. § 1.º Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço. § 2.º Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave". Neste sentido é a crítica reproduzida pela doutrina, sobre a desnecessidade do artigo 75 do CDC, em face do disposto no Código Penal, assim como, por outro lado, a crítica relativa à responsabilidade dos dirigentes da pessoa jurídica prevista na norma.¹ Note-se que, neste particular, o artigo 75 do CDC explicita a responsabilidade dos administradores, diretores e gerentes, por crimes praticados no exercício do seu poder de direção da pessoa jurídica. Isto não exclui, contudo, o exame da culpabilidade do agente, porquanto deverão estar demonstradas cabalmente as condutas descritas de "promover, permitir ou por qualquer modo aprovar o fornecimento, oferta, exposição à venda ou manutenção em depósito de produtos ou a oferta e prestação de serviços" em violação ao disposto no CDC. Esta interpretação é a que se vislumbra, inclusive do exame conjunto do disposto no artigo 75, do CDC e o que refere o artigo 11 da Lei 8.137/90, que dispõe: "Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade". Neste sentido, aliás, refira-se o entendimento de Alberto Toron, para quem a norma da Lei 8.137/90, teria inclusive revogado a norma do artigo 75 do CDC, por ter referido a expressão "inclusive por meio da pessoa jurídica".² Por outro lado, dado o teor da norma em

1. Conforme referem: FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 755; e FONSECA. *Direito penal do consumidor...*, p. 56-57. Para a crítica da norma, veja-se: PASSARELLI. *Os crimes contra as relações de consumo*, p. 104-105.

2. TORON. *Aspectos penais da proteção do consumidor*. p. 54.

questão, poderá ser sujeito ativo do crime, além dos dirigentes da pessoa jurídica, também os empregados que tiverem concorrido para o cometimento dos crimes previstos no CDC. Da mesma forma, não é necessário que a pessoa natural, sujeito ativo do crime, seja vinculada formalmente à empresa, tal como diretor ou empregado da pessoa jurídica. Basta que contribua, faticamente, do cometimento do delito.

Não há de se referir assim, a qualquer espécie de responsabilidade objetiva dos diretores, administradores ou gerentes, nem tampouco das demais pessoas naturais que concorram para o cometimento do crime. Como ensina Eládio Lecey, "a regra geral é a do Código Penal, decorrente, em termos de causalidade, da teoria da equivalência das condições. Qualquer contribuição ao resultado é considerada causa. No entanto, se a causalidade não pode variar, por força daquela teoria, a culpabilidade é de cada agente e há de ser medida no caso concreto, distintamente para cada concorrente. Ademais, não só a relevância causal é requisito do concurso, sendo indispensável o liame subjetivo entre os concorrentes, entendido como a consciência de contribuição ao delito. É o corolário do direito penal da culpa que abomina a responsabilidade objetiva".³ Dai porque há de se considerar que a responsabilidade estabelecida no artigo 75 do CDC aos diretores e administradores e gerentes da pessoa jurídica continua a ser subjetiva, ou seja, será determinada na medida da sua culpabilidade, segundo a avaliação das condutas previstas no artigo 75 do CDC.

3. LECEY, Eládio. *Autoria singular e coletiva...*, p. 36-49.

ASSISTÊNCIA E AÇÃO PENAL SUBSIDIÁRIA NOS CRIMES CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO

7

Determina o artigo 80 do CDC que “no processo penal atinente aos crimes previstos neste código, bem como a outros crimes e contravenções que envolvam relações de consumo, poderão intervir, como assistentes do Ministério Público, os legitimados indicados no artigo 82, incisos III e IV, aos quais também é facultado propor ação penal subsidiária, se a denúncia não for oferecida no prazo legal”. O CDC, neste sentido, amplia a possibilidade de assistência da acusação para o processo relativo aos crimes nele previstos, reconhecendo às entidades ou órgãos da Administração Direta ou Indireta, mesmo sem personalidade jurídica (e.g. PROCON), assim como às associações de consumidores intervirem no processo como assistentes da acusação. A assistência, neste caso, será regulada pelas normas dos artigos 268 a 273 do CPP.¹ Da mesma forma, confere a estas entidades a legitimidade para interposição da ação penal subsidiária, na hipótese do Ministério Público não vir a oferecer a denúncia no prazo legal, que é de quinze dias se o réu estiver solto ou afiançado e cinco na hipótese de encontrar-se preso.

A importância da assistência dos órgãos e entidades de defesa do consumidor reside no fato da sua especialização e possibilidade de oferecer subsídios à atuação do Ministério Público.² Da mesma forma, sua legitimidade para promoção da ação penal subsidiária apresenta-se como

1. Assim dispõem os artigos 268 a 273 do CPP: “Artigo 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Artigo 31. Art. 269. O assistente será admitido enquanto não passar em julgado a sentença e receberá a causa no estado em que se achar. Artigo 270. O corréu no mesmo processo não poderá intervir como assistente do Ministério Público. Artigo 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598. § 1º O juiz, ouvido o Ministério Público, decidirá acerca da realização das provas propostas pelo assistente. § 2º O processo prosseguirá independentemente de nova intimação do assistente, quando este, intimado, deixar de comparecer a qualquer dos atos da instrução ou do julgamento, sem motivo de força maior devidamente comprovado. Artigo 272. O Ministério Público será ouvido previamente sobre a admissão do assistente. Artigo 273. Do despacho que admitir, ou não, o assistente, não caberá recurso, devendo, entretanto, constar dos autos o pedido e a decisão”.
2. MARQUES/BENJAMIN/MIRAGEM. *Comentários...*, p. 971; FILOMENO. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado...*, 8. ed., p. 774.

garantia de efetividade da persecução penal prevista no CDC, podendo, contudo, o Ministério Público, segundo a correta lição de Antonio Cezar Lima da Fonseca,³ vir a aditar a queixa, assim como repudiá-la, apresentar denúncia substitutiva, intervir no processo e retomar a ação penal como parte principal.

3. FONSECA. Direito penal do consumidor..., p. 64.

BIBLIOGRAFIA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho penal econômico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Lima: Idemsa, 1997.
- ABRÃO, Carlos Henrique. Prestação de contas bancária. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, v. 9. São Paulo: Ed. RT, julho/2000.
- ABRÃO, Eliane Yachou. *Direitos de autor e direitos conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.
- ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AFTALIÓN, Enrique R.; VILANOVA, José; RAFFO, Julio. *Introducción al derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos do Código de Defesa do Consumidor. *Revista da AJURIS*. n. 52. p. 167-187. Porto Alegre, jul. 1991.
- _____. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor* v. 14. p. 20-27. São Paulo, abr-jun. 1995.
- _____. Cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- _____. *Comentários ao novo Código Civil*. Da extinção do contrato. Arts. 472 a 480, volume VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. Os contratos bancários e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Série de Pesquisas do CEJ*, v. 11, Brasília, Conselho da Justiça Federal, 2003.
- _____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- _____. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*. ano 84. v. 718. p. 33-53. São Paulo: RT, ago. 1995.
- ALBA, Isabel Espin. *La cláusula penal. Especial referencia a la moderación de la pena*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- ALBERTON, Genacéia da Silva. A desconsideração da pessoa jurídica no Código do Consumidor. Aspectos processuais. *Revista de direito do consumidor*. v. 7. p. 7-29. São Paulo, jul.-set. 1993.
- ALBIGES, Christophe. *De l'équité en droit prive*. Paris: LGDJ, 2000.
- ALESSI, Renato. *Principii di Diritto Amministrativo*. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1971. v. 1.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Galzón Valdés. Madrid: CEPC, 2002.
- _____. *Teoria del discurso y derechos humanos*. Trad. Luis Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 1995.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.
- ALMEIDA, João Batista. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- _____. *A proteção jurídica do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ALPA, Guido. *Il diritto dei consumatori*. Roma: Laterza, 2002.
- _____. *Tutela del consumatore e controllo sull'impresa*. Bologna: Il Mulino, 1977.
- _____; BESSONE, Mário. *La responsabilità del produttore*. Milano: Giuffrè, 1987.
- ALTERINI, Atílio A.; CABANA, Roberto M. López. *La autonomía de la voluntad en el contrato moderno*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1989.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1972.
- ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Ed. RT, 1996.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art. 461 do CPC e outras*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.
- AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. *Teoria geral do direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto. O princípio da vinculação da mensagem publicitária. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 14. p. 41-51. São Paulo: RT, abr.-jun. 1995.
- AMARAL, Francisco. A autonomia privada como poder jurídico. *Estudos jurídicos em homenagem a Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. Autonomia privada. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. v. 3. n. 9. p. 25-30. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, set.-dez. 1999.
- AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Ajuris*. n. 58. p. 69-84. jul. 1993, Porto Alegre.
- AMORIM, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*. v. 744. São Paulo: Ed. RT, out. 1997.
- ANDORNO, Luis. La responsabilidad civil médica. *Revista Ajuris*. v. 59. nov. 1993. Porto Alegre.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *Da codificação. Crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ANDRADE, Pedro Ivo. *Crimes contra as relações de consumo. Artigo 7º da Lei 8.137/90*. Curitiba: Juruá, 2007.
- ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil. Formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. 2ª ed. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2012.
- ANHAIA MELO, Luiz de. *O problema econômico dos serviços de utilidade pública*. São Paulo: Prefeitura de São Paulo, 1940.
- AÑON ROIG, María José. *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O poder normativo das agências reguladoras e independentes e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*. n. 148. Brasília: Senado Federal, out.-dez. 2000.
- ARRUDA ALVIM, J.M. Competência internacional. *Doutrinas essenciais de processo civil*, v. 2. São Paulo: Ed. RT, out/2011.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. Direito fundamental de acesso à cultura e direito intelectual. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ASSIS, Araken de. *Contratos nominados: mandato, comissão, agência e distribuição, corretagem e transporte*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- ATIYAH, Patrick. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.
- AVANCINI, Helenara Braga. Direito autoral e dignidade da pessoa humana: a compatibilização com os princípios da ordem econômica. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ÁVILA, Fernando Bastos de. *Pequena enciclopédia da doutrina social da Igreja*. 2ª ed. São Paulo: Loyola, 1993.

- ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. *Revista Brasileira de Direito Público*. n. 1. p. 105-133. Belo Horizonte: Fórum Ed., abr.-jun. 2003.
- _____. *Teoria dos princípios*. Da definição e aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. *Revista dos Tribunais*. v. 733. p. 109-119. São Paulo: RT, nov. 1996.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor (Arbitration and consumer's rights). *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. Cadastros de restrição ao crédito. Conceito de dano moral. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. Ciência do direito, negócio jurídico e ideologia. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- _____. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito et alli. *O Código Civil e sua interdisciplinariedade. Os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- _____. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui com o inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. v. 90. São Paulo, 1995.
- AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 68. São Paulo: Ed. RT, out. 2008.
- _____. *Defesa do consumidor e regulação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- BADIN, Arthur; SANTOS, Bruno Carazza dos; DAMASO, Otávio Ribeiro. Os bancos de dados de proteção ao crédito, o CDC e o PL 5.870/2005: comentários sobre direito e economia. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 61. p. 11. São Paulo: Ed. RT, jan. 2007.
- BAGGIO, Andreza Cristina. *O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Ato administrativo e direitos dos administrados*. São Paulo: Ed. RT, 1981.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. _____. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 20. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002. v. 1.
- BARBOSA, Denis Borges. *Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARBOSA, Fernanda Nunes. *Informação: direito e dever nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- _____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de processo*, v. 77. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./1995.
- _____. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: _____. *Temas de direito processual: Segunda Série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Temas de direito processual: Segunda Série*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. *Temas de direito processual civil: Quarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

- _____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. In: _____. *Temas de direito processual civil*: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. *Revista de processo*, v. 37. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./1985.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAROCELLI, Sérgio Sebastián. Cuantificación de daños al consumidor por tiempo perdido. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 90. p. 119. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2013.
- BARRAL, Welber. *Dumping e comércio internacional: a regulamentação antidumping após a Rodada do Uruguai*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- BARROS MONTEIRO, Washington. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003 (Curso de direito civil, v. 5).
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro. In: *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário de propriedade industrial e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no direito brasileiro e em perspectiva comparativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 9. Porto Alegre, 2000.
- _____. A natureza jurídica da invalidade cominada às cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 21. p. 117-131. São Paulo: RT, jan.-mar. 1997.
- _____. *Teoria geral da lesão nos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BELMONTE, Cláudio. *Proteção contratual do consumidor. Conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- BENACCHIO, Marcelo. Responsabilidade civil dos bancos por concessão abusiva de crédito. In: WAISBERG, Ivo; FONTES, Marcos Rolim Fernandes (coords.). *Contratos bancários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*. v. 628. p. 69-79. São Paulo: Ed. RT, fev. 1988.
- _____. Introdução ao direito ambiental brasileiro. *Revista de direito ambiental*. v. 14. p. 48. São Paulo: Ed. RT, abr. 1999.
- _____. Prefácio. In: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- _____. Proteção do consumidor e patentes: o caso dos medicamentos. *Revista de direito do consumidor*. v. 10. p. 21. São Paulo: Ed. RT, abr. 1994.
- _____. Responsabilidade civil pelo dano ambiental. *Revista de direito ambiental*. n. 9. p. 5-52. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1998.
- _____. et alli. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- BERNET ROLLANDE, Luc. *Principes de technique bancaire*. 25. ed. Paris: Dunot, 2008.
- BERTHIAU, Dennis. *Le principe d'egalité et le droit civil des contrats*. Paris: L.G.D.J., 1999.
- BERTONCELLO, Karen Danilevicz. Seguro de pessoas e acesso ao mapa genético individual. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 56. p. 75 et seq. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2005.

- _____. Os efeitos da publicidade na vulnerabilidade agravada: como proteger as crianças consumidoras? *Revista de Direito do Consumidor*. v. 90. p. 69. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2013.
- _____. *Superendividamento do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- BESSA, Leonardo Roscoe. Abrangência da disciplina conferida pelo Código de Defesa do Consumidor aos bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 42. p. 149-172. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2002.
- _____. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*. Análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.
- _____. *Cadastro positivo*. Comentários à Lei 12.414, de 09 de junho de 2011. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- _____. *O consumidor e os limites dos bancos de dados de proteção ao crédito*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- _____. Dano moral coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 59. p. 78 e ss. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2006.
- _____. Dano moral coletivo e seu caráter punitivo. *Revista dos Tribunais*. v. 919. p. 515 e ss. São Paulo: Ed. RT, maio 2012.
- _____. Responsabilidade civil dos bancos de dados de proteção ao crédito. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 92. p. 49. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2014.
- _____. Vícios do produto: paralelo entre o CDC e o Código Civil. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto. *Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- BETTERMANN, Karl August. Verfassungsrechtliche Grundlage und Grundsätze des Prozesses. *Juristischer Blätter*, 94. Jahrgang, Heft 3/4, Feb. 1972.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra Ed., 1969. t. II.
- BEVILAQUA, Clóvis. A Constituição e o Código Civil. *Revista dos Tribunais*. ano 34. v. 97. p. 31-38. São Paulo: Ed. RT, set. 1935.
- BILAC PINTO. *Regulamentação efetiva dos serviços de utilidade pública*. Atual. Alexandre Santos Aragão. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. O anteprojeto de revisão da lei de direito autoral do governo Lula. *Revista de Direito das Comunicações*. v. 3. p. 153. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.
- _____. Direito de autor e novas mídias. *Revista de Direito Privado*. v. 3. p. 95. São Paulo: Ed. RT, jul. 2000.
- BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicidade. Sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 4, p. 126-131. São Paulo: Ed. RT, out. 1992.
- _____. O direito de autor e o impacto das novas técnicas. *Revista dos Tribunais*. v. 701. p. 13. São Paulo: Ed. RT, mar. 1994.
- BITTAR, Eduardo C.B. Direitos do consumidor e direitos da personalidade: limites, intersecções, relações. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 33. p. 182. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2000.
- BLOCH, Cyril. *Aix in Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 11. ed. São Paulo: Campus, 1992.
- _____; MANTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 9. ed. Brasília: Editora da UnB, 1997.
- BOLSON, Simone Hegele. *Direito do consumidor e dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- BORDIN, Fernando Lusa. Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. v. 52. p. 37. São Paulo: Ed. RT, out. 2008.
- BORGES, Gustavo. O consumidor, o novo CPC e a efetividade da tutela jurisdicional. *Revista de direito do consumidor*, v. 102. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./2015.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien. *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*. Paris: LGDJ, 2004.

- BOURGOGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 2. p. 7-51. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- _____. *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*. Brussels: Story-Scientia, 1988.
- _____. Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt du consommateur. *Revue internationale de droit compare*. n. 3. p. 519-590. 1982.
- BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras. Poder normativo. Consulta pública. Revisão judicial*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- BRUNI, Adriano Leal; FAMÁ, Rubens. *Gestão de custos e formação de preços*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- BUSSANI, Mário. *As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado*. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- BUSSATA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. Perspectivas atuais do direito penal econômico. *Fascículos de Ciências Penais*. n. 4. p. 3-15. Porto Alegre: Sérgio Fabris Ed., abr.-jun. 1991.
- CABRAL, Antônio Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de demandas repetitivas. *Revista de processo*, v. 231. São Paulo: RT, maio/2014.
- _____. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, v. 147. São Paulo: RT, maio/2007.
- CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la consommation*. 5. ed. Paris: Dalloz, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. *Derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962. v. 1.
- _____. Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 10. p. 164-192. Milano: Giuffrè, 1955.
- CALDERÓN, Maximiliano Rafael; HIRUELA, María del Pilar. Daño informático y derechos personalísimos. In: GHERSI, Carlos Alberto (coord.). *Derecho de daños*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. O art. 931 do Código Civil de 2002 e os riscos do desenvolvimento. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 21. Rio de Janeiro: Padma, jan.-mar. 2005.
- _____. *A culpa na responsabilidade civil. Estrutura e função*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.
- CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 1998.
- _____.; Gomes MENDES, Gilmar Ferreira. SARLET, Ingo W. STRECK, Lênio. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CANTO, Rodrigo Eidelvein, Direito do consumidor e vulnerabilidade no meio digital. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 87. p. 179. São Paulo: Ed. RT, maio 2013.
- CAPELETTI, Mauro. Formazioni sociali e interessi de grupo davante alla giustizia civile. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. n. 3. p. 361-402. Milano: Giuffrè, 1975.
- CARNEIRO DE FRADA, Manuel António de Castro Portugal. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004.
- CARPENA, Heloísa. *Abuso do direito nos contratos de consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

- CARTAPANIS, André. *Sus l'égide du G-20: vers une regulation macro-prudentielle des banques*. In: ARTUS, Patrick (dir.). *Quelles perspectives pour les banques?* Paris: PUF, 2009.
- CARVALHO, Diógenes Faria de. *O princípio da boa-fé objetiva nos contratos de consumo*. Goiânia: PUC-GO, 2011.
- CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Direito do consumidor*. Fundamentos doutrinários e visão jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 227.
- CARVALHO DE ALMEIDA, Luiz Cláudio. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 54. p. 161-172. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2005.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignácio. *Doutrina e prática das obrigações*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. t. II.
- CARVALHO, Ana Paula Gambogi. O consumidor e o direito à autodeterminação informacional: considerações sobre os bancos de dados eletrônicos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 46. p. 77. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003.
- CARVALHOSA, Modesto. *Direito econômico*. São Paulo: Ed. RT, 1973.
- CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.
- CASTELLS, Manuel. *A era da informação: economia, sociedade e cultura - a sociedade em rede*. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CASTELLS, Manuel. *Communication power*. Londres: Oxford University Press, 2009.
- CASTRO NEVES, José Roberto de. *O Código do Consumidor e as cláusulas penais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CAVALIERI, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. DIREITO, Carlos Alberto Menezes. *Comentários ao novo Código Civil. Da responsabilidade civil. Das preferências e privilégios creditórios*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CHAISE, Valéria. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CHARDIN, Nicole. *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris: LGDJ, 1988.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade pré-contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CHAVES, Rui Moreira. *Regime jurídico da publicidade*. Coimbra: Almedina, 2005.
- CHEREDNYCHENKO, Olha O. *Fundamental rights, contract law and the protection of weaker party. A comparative analysis of the constitutionalisation of contract law, with emphasis on risky financial transaction*. München: Sellier European Law Publishers, 2007.
- CHIAVEGATTI, Ricardo. NUNES, Thiago Marinho. *Ação de prestação de contas e instituições financeiras: consumidor acima da lei? Atualidades e reflexões sobre o procedimento da prestação de contas e algumas decisões emblemáticas recentes da jurisprudência brasileira*. *Revista de Processo*. v. 164. p. 283. São Paulo: Ed. RT, out. 2008.
- CHIRONI, G. *La colpa extra contrattuale nel diritto civile odierno*. 2. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1906. v. 1.
- CHRISTIE, George C. et al. *Cases and materials on the law of torts*. Saint Paul: West Publishing Co., 1997.
- CIRNE LIMA, Ruy. Do juro do dinheiro. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 45. p. 345. São Paulo: Ed. RT, jul. 2009.
- _____. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial* 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.
- _____. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Ed. RT, 1989.
- _____. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. *Nosso futuro comum*. Rio de Janeiro: FGV, 1987.

- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Garanzie Costituzionali e "Giusto Processo" (Modelli a confronto)*. Revista de Processo, v. 90, São Paulo: Ed. RT, abr-jun/1998.
- _____; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile. Il processo ordinário di cognizione*. Bologna: Il Mulino, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *A proteção do consumidor. Importante capítulo do direito econômico*. Revista da Consultoria Geral do Estado do RS. n. 14. p. 81., Porto Alegre: PGE-RS, 1976.
- _____. *Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador*. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- CORBISIER, Isabelle. *A la recherche d'une action directe em droit allemand des obligations e des assurances*. In: FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques. *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*. Paris: LGDJ, 1992.
- COSTA, Jaderson Costa da. *A publicidade e o cérebro da criança*. In: PASQUALOTTO, Adalberto. BLANCO, Ana. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da; COSTA, Fernando José. *Crimes contra o consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- COUTANT-LAPALUS, Christelle. *Le principe de la réparation intégrale em droit privé*. Aix de Marseille: Presses Universitaires d'Aix de Marseille, 2002.
- COUTO E SILVA, Almiro do. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público "à brasileira"? Cadernos de Direito Público*. Almiro do Couto e Silva. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. v. 27. p. 199-226. Porto Alegre: PGE-RS, 2003.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. *Dever de indenizar*. In: FRADERA, Vera (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. *A obrigação como processo*. Porto Alegre: UFRGS, 1964.
- _____. *A teoria da base do negócio jurídico*. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1985.
- COVAS, Silvano. *O cadastro positivo e a proteção dos dados pessoais do consumidor*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 45. p. 31. São Paulo: Ed. RT, jul. 2009.
- COVAS, Silvano. *O cadastro positivo*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. v. 52. p. 29. São Paulo: Ed. RT, abr. 2011.
- CRASWELL, Richard; SCHWARTZ, Alan. *Foundations of contract law*. New York: Oxford University Press, 1994.
- CREMASCO, Suzana Santi. *A distribuição dinâmica do ônus da prova*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.
- CROUCH, Dennis. *The social welfare of advertising to children*. *HeiOnline* 9 U. Chi. L. Sch. Roundtable 179 2002.
- CRUZ, Gisela Sampaio da. *O problema do nexu causal na responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CRUZ, Guilherme Ferreira. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- CUÉVA, Ricardo Villas Boas. *A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE*. Revista do IBRAC – Direito da concorrência, consumo e comércio internacional. v. 16. São Paulo: Ed. RT, jan. 2009.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *O processo civil no Estado Constitucional e os fundamentos do projeto do novo Código de Processo Civil Brasileiro*. Revista de Processo, v. 209. São Paulo: Ed. RT, julho/2012.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

- DELLA GIUSTINA, Vasco. *Responsabilidade civil dos grupos. Inclusive no Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- DERANI, Cristiane. *Privatização e serviços públicos. As ações do Estado na produção econômica*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DESSAUNE, Marco. *Desvio produtivo do consumidor: O prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1995.
- DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; Fux, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Orgs.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- DINAMARCO, Cândido. *Instituições de processo civil*, v. 1. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. *Revista de processo*, v. 247. São Paulo: Ed. RT, set./2015.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O consumidor e os planos de saúde. *Revista Forense*. v. 328. Rio de Janeiro: Forense, out.-dez. 1994.
- DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica em el derecho privado*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1991.
- DOLLINGER, Jacob. *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Rio de Janeiro, 1979.
- DOMONT-NAERT, Françoise. As tendências atuais do direito contratual no domínio da regulação das cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 12. p. 17. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1994.
- DONATI, Antogono; PUTZOLU, Giovanna Volpe. *Manuale di diritto delle assicurazioni*. 9. ed. Milano: Giuffré, 2009.
- DUARTE, Nestor. In: PELUSO, Antônio Cezar (org.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Manole, 2012.
- DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. Paris: Librairie Fontemoing, 1923. v. 2.
- EFING, Antônio Carlos. *Bancos de dados e cadastros de consumidores*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- _____. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. O dever do Banco Central do Brasil de controlar a atividade bancária e financeira, aplicando as sanções administrativas previstas no sistema de proteção ao consumidor. *Revista da Ajuris*. v. 2 – Edição Especial. p. 593-598, Porto Alegre, mar. 1998.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- ENGRÁCIA ANTUNES, José. *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*. Coimbra: Almedina, 1993.
- FABIAN, Cristoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FABRE-MAGNAN, Muriel. *Les obligations*. Paris: PUF, 2004.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- _____. Flexibilização dos prazos como forma de adaptar procedimentos – Ação de prestação de contas. Parecer. *Revista de Processo*. v. 197. p. 413. São Paulo: Ed. RT, jul. 2011.
- _____. As novas necessidades do processo civil e os poderes do juiz. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Ensaio de direito processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Consentimento e dissentimento informado. Limites e questões polêmicas. *Revista de direito do consumidor*, v. 102. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./2015.

- _____. Inovação e responsabilidade civil: os riscos do desenvolvimento no direito contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovanni Agostini. LUPION, Ricardo (Org.) *Direitos fundamentais, direito privado e inovação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.
- FAZZALARI, Elio. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1953.
- FERNANDES NETO, Guilherme. *Abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- _____. *Direito da comunicação social*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- FERRAZ, Carolina Valença et al. (coord.). *Manual de direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRAZ FILHO, Raul Luiz; PATELLO DE MORAES, Maria do Socorro. *Energia elétrica. Suspensão do fornecimento*. São Paulo: LTr, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERREIRA, Ivete Senise. Direito penal da informática. *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP* 4. Porto Alegre: Síntese, 2002.
- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- _____. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo (org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Revisão dos contratos. Do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. Conceito de publicidade. *Boletim do Ministério da Justiça*. n. 349. out. 1985.
- _____. Interpretação do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 17. p. 5. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1996.
- _____. *Texto e enunciado do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.
- FERRER CORREIA, A. *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRI, Giovanni. O princípio do desenvolvimento sustentável e a logística reversa na política nacional de resíduos sólidos (Lei 12.305/2010). *Revista dos Tribunais*. v. 912. p. 95. São Paulo: Ed. RT, out. 2011.
- FEUZ, Paulo Sérgio. *Direito do consumidor nos contratos de turismo*. São Paulo: Edipro, 2003.
- FIECHTER-BOULEVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédérique (org.) *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000.
- FIN-LANGER, Laurence. *L'équilibre contractuel*. Paris: LGDJ, 2002.
- FINLAY, Steven. *Credit scoring, response modeling and insurance rating*. 2ª ed. Palgrave Macmillan 2012.
- FLACH, Daisson. *A verossimilhança no processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito penal do consumidor. Código de Defesa do Consumidor e Lei 8.137/90*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Cláusulas abusivas nos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: Um ato de coragem. In: FERRAZ, Carolina Valença et al. (coord.) *Manual de direitos da pessoa com deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FORGIONI, Paula Andreia. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Ed. RT, 2009.

- FRADERA, Vera Maria Jacob de. Contratos típicos no Código Civil. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira et alii; *Princípios do novo Código Civil e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- _____. O dever de informar do fabricante. *Revista dos Tribunais*. v. 656. p. 53-71. São Paulo: Ed. RT, jun. 1990.
- _____. (org.) *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. A ineficácia das cláusulas abusivas no sistema brasileiro do Código de Defesa do Consumidor. Uma abordagem clássica. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 43. p. 316-324. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2002.
- _____. Responsabilidade civil dos médicos. *Revista AJURIS* 55. p. 116-139. Porto Alegre, jul. 1992.
- FRANCESCHELLI, Vincenzo; LEHMANN, Michael. Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale. *Responsabilità limitata e gruppi di società*. Milano: Giuffrè, 1987.
- FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 87. p. 93. São Paulo: Ed. RT, mai.-jun. 2013.
- FRIAS, Felipe Barreto. Instituto da cópia privada no direito autoral brasileiro – análise dogmática e crítica. *Revista dos Tribunais*. v. 846. p. 66. São Paulo: Ed. RT, abr. 2006.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Free to choose: a personal statment*. San Diego: Harvest Book, 1990.
- FROTA, Mário. *A publicidade infanto-juvenil. Perversões e perspectivas*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- FURTADO, Wilson. A cópia privada e direitos fundamentais. In: SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GAGNO, Luciano Picoli. O novo Código de Processo Civil e a inversão ou distribuição dinâmica do ônus da prova. *Revista de Processo*, v. 249, São Paulo: Ed. RT, novembro/2015.
- GAILLARD, Émile. *Génération futures et droit privé*. Vers un droit des générations futures. Paris: LGDJ, 2011.
- GAIO JR., Antônio Pereira. A tutela específica no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 241. São Paulo: Ed. RT, mar./2015.
- GALASSO, Giuseppe. Il diritto privato nella prospettiva post-moderna. *Rivista di Diritto Civile*. anno XXVI. parte prima. p. 13-31. Padova: Cedam, 1980.
- GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Trad. Blaco Gascó e Lorenzo Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- _____. La democrazia dei consumatori. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. v. 35. n. 1. p. 38-48. mar. 1981.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Propriedade intelectual. *Revista dos Tribunais*. v. 907. p. 123. São Paulo: Ed. RT, maio 2011.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor. *Código comentado e jurisprudência*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2010.
- GEIGER, Christophe; GRIFFITHS, Jonathan; HILTY, Reto M. Declaração sobre o "Teste dos três passos" do direito de autor. *Revista de Direito Privado*. v. 41. São Paulo: Ed. RT, jan. 2010.
- GHERSI, Carlos Alberto. La paradoja de la igualdad del consumidor en la dogmatica contractual. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 36. p. 38. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000.
- _____. *Relación médico-paciente*. Mendoza: Ed. Cuyo, 2000.
- GHESTIN, Jacques. Introduction. JAMIN, Cristophe; MAZEAUD, Denis. *Les clauses abusives entre professionnels*. Paris: Economica, 1998.

- _____. Introduction. In: FONTAINE, Marcel; GHESTIN, Jacques. *Les effets du contrat à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*. Paris: LGDJ, 1992.
- GIDI, Antônio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor. *Revista de direito do consumidor*. v. 13. p. 33. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1995.
- _____. *Coisa julgada e litispendência nas ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GIERKE, Otto Von. *La función social del derecho privado*. Trad. Por José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Española, 1904.
- GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1992.
- GIORGIANNI, Francesco; TARDIVO, Carlo-Maria. *Manuale di diritto bancario*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2005.
- GLÓRIA, Daniel Firmato Almeida. *A livre concorrência como garantia do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- _____. *Obrigações*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M. Prueba del nexo causal. *Revista de derecho de daños*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.
- GORDILLO, Augustin A. *Teoría general del derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1979.
- GRAEFF, Bibiana. Direitos do consumidor idoso no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 86. p. 65. São Paulo: Ed. RT, março 2013.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *A ordem econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- _____. *Constituição e serviço público*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Parecer requerido pela Associação Brasileira dos Distribuidores de Energia Elétrica – ABRADEE*. São Paulo, maio de 2001, mimeo.
- _____. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRASSI NETO, Roberto. *Segurança alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor*. Tese de livre docência. São Paulo: USP, 2011.
- _____. *Segurança alimentar: da produção agrária à proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *Novas tendências do direito processual: de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- _____. (coord.). *A tutela dos direitos difusos. Jurisprudência, doutrina e trabalhos forenses*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- _____. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- _____. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. *Dommages de masse et responsabilité civile*. Paris: LGDJ, 2006.
- GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- HAHN, Bernhard. *Kooperationsmaxime im Zivilprozess?* Köln: Carl Heymanns Verlag, 1983.

- HART, Herbert. *O conceito de direito*. 2. ed. Trad. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987.
- HECK, Luiz Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 16. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- HENRIQUES, Isabella. VIVARTA, Veet. *Publicidade de alimentos e crianças. Regulação no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HERRERA, Edgardo López. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.
- HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1991.
- HOBSBAWN, Eric. *A era dos extremos. O breve século XX (1914-1991)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.
- HOWELLS, Geraint. *The tobacco challenge. Legal policy and consumer protection*. Farnham: Ashgate, 2011.
- _____. MICKLITZ, Haus W. WILHELMSSON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006.
- _____. RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas; KRAFT, David. *Handbook of research on international consumer law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.
- IRTI, Natalino. É vero, ma... – Replica a Giorgio Oppo. *Rivista di diritto civile* 2/273-278. Padova, 1999.
- _____. *L'etat della decodificazione*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1989.
- _____. Scambi senza accordo. *Rivista trimestrale di diritto e procedure civile*. v. 52. n. 2. p. 347-364. Milano: Giuffrè, giugno 1998.
- ITURRASPE, Jorgé Mosset; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1993.
- _____. et alli. *Daños. Globalización – Estado – Economía*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000.
- JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *A publicidade no direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- JACOBSON, Peter D.; WASSERMAN, Jeffrey. *Tobacco control laws – Implementation and enforcement*. Washington: Rand P., 1997.
- JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis. *Les clauses abusives entre professionnels*. Paris: Economica, 1998.
- JAYME, Erik. O direito internacional privado do novo milênio e a proteção da pessoa humana face à globalização. Trad. Cláudia Lima Marques e Nádia de Araújo. In: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*. Edição em homenagem à entrega do título de Doutor Honoris Causa/UFRGS ao jurista Erik Jayme. Porto Alegre: UFRGS, 2003. p. 85-97.
- _____. *Integración culturelle et integración. Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995. t. 251, II.
- JESUS, Damásio de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1997. (parte geral, v. 1).
- JOHNSON, R. W. Legal, social and economic issues in implementing scoring in the United States. In: THOMAS, Lyn C.; EDELMAN, David B.; CROOK, Jonathan N. *Readings in credit scoring*. New York: Oxford University Press, 2004.
- JOSSERAND, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Arthur Rousseau, 1905.
- _____. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*. Paris: Dalloz, 2006.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- KARSAKLIAN, Eliane. *O comportamento do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2000.
- KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Paris: L.G.D.J., 2001.
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- _____. KNÜTEL, Rolf. *Römisches Privatrecht*. 20. Auflage. München: Verlag C.H.Beck, 2014.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal. Um elemento penal na satisfação do dano? *Revista de Direito do Consumidor*. v. 33. p. 9-32. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2000.
- KHOURI, Paulo Roque. *Direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- KILBORN, Jason J. Comportamentos econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando as soluções. In: MARQUES, Claudia Lima. CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- KLOPFER, Michael. *Informationsrecht*. Munique: Beck, 2002.
- KLONOFF, Robert H.; BILICH, Edward K. M.; MÁLVEAUX, Suzzette. *Class actions and other multi-party litigation: cases and materials*. 2. ed. West Group Publishing, 2006.
- HEREUX, Nicole. *Droit de la consommation*. 4. ed. Québec: Yvon Blais, 1993.
- LANDIS, James. *The administrative process*. New Heaven: Yale University Press, 1938.
- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- _____. *Derecho civil*. Parte general. Trad. Miguel Izquierdo. Madrid: ERDF, 1978.
- _____. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Brinz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.
- LAZZARINI, Álvaro. Tutela administrativa e relações de consumo. *Revista dos Tribunais*. v. 704. p. 7. São Paulo: Ed. RT, jun. 1994.
- LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. *A responsabilidade do fabricante pelo fato do produto*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- LEAL, Márcio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- LECEY, Eládio. Autoria singular e coletiva nas infrações contra o ambiente e as relações de consumo. *Revista da AJURIS*. v. 28. n. 68. Porto Alegre, nov. 1996.
- LECLERC, Gérard. *A sociedade da comunicação*. Lisboa: Piaget, 2000.
- LE GOFF, Jacques. *Lo sterco del diavolo. Il denaro nel medioevo*. Roma: Laterza, 2010.
- LE MOS, Patrícia Iglecias. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- _____. *Consumo sustentável. Caderno de investigações científicas*, v. 3. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
- LENGRUBER, Sandra. *Elementos das ações coletivas*. São Paulo: Método, 2004.
- LEONARDI, Marcel. Responsabilidade dos provedores de serviços de Internet por atos de terceiros. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da; SANTOS, Manoel Jorge Pereira (orgs.) *Responsabilidade civil na Internet e nos demais meios de comunicação*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1987.
- LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. O aspecto distributivo do direito do consumidor. *Revista de Direito do consumidor*. v. 41. p. 140. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2002.
- _____. Direito do consumidor e privatização. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 26. p. 119. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998.
- LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- LIMA, Amílcar Castro de Oliveira. *O poder executivo nos estados contemporâneos. Tendências na experiência mundial*. Rio de Janeiro: Artenova, 1975.
- LIMA, Clarissa Costa de. O cartão de crédito e o risco de superendividamento: uma análise da recente regulamentação da indústria de cartão de crédito no Brasil e nos Estados Unidos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 81. p. 239. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2012.
- LIMA, Otto de Souza. *Teoria dos vícios redibitórios*. São Paulo: Ed. RT, 1965.

- LIMBERGER, Têmis. Agências administrativas independentes no direito comparado. Uma contribuição ao PL 3.337/2004. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 51. p. 223-248. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2004.
- LISBOA, Roberto Senise. Prática comercial abusiva. *Revista de Direito do Consumidor* v. 39. São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2001.
- _____. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Raciocínio jurídico e economia. *Revista de Direito Público e Economia*. n. 8. p. 137-170. Belo Horizonte: Editora Fórum, out.-dez. 2004.
- _____. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- LOPES, Maria Elisabete Villaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 1. p. 149. São Paulo: Ed. RT, jan. 1992.
- LORENZETTI, Ricardo L. *Comercio electrónico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2001.
- _____. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.
- _____. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- _____. Redes contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 16. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- _____. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Trad. Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- _____. *Tratado de los contratos*. Parte general. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2004.
- LOWE, R. e WOODROFFE, G.F. *Consumer law and practice*. London: Sweet and Maxwell, 1991.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Trad. Amada Flores. México: Anthropos, 1996.
- MACCULLOCH, Angus. The consumer and competition law. In: HOWELLS, Geraint; RAMSAY, Iain; WILHELMSSON, Thomas; KRAFT, David. *Handbook of research on international consumer law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2010.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. Os contratos previdenciários, a informação adequada e os riscos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor* v. 26. p. 221. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998.
- _____. Globalização e direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 32. p. 45. São Paulo: Ed. RT, out. 1999.
- MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. O princípio da precaução e a avaliação de riscos. *Revista dos Tribunais*. v. 856. p. 35. São Paulo: Ed. RT, fev. 2007.
- MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. *Convenção coletiva de consumo. Interesses difusos, coletivos e casos práticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- MAGALHÃES, José Carlos. *Lex mercatoria. Evolução e posição atual*. *Revista dos Tribunais*. v. 709. São Paulo: Ed. RT, nov. 1994.
- MAKUSCH, William M. Scoring applications. In: MAYS, Elizabeth (Ed.) *Handbook of credit scoring*. Chicago: Glenlake Publishing Co., 2001.
- MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Interesses difusos. Conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- _____. *Manual do consumidor em juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. et al. *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- MANIET, Françoise. Os apelos ecológicos, os selos ambientais e a proteção dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 4. p. 7. São Paulo: Ed. RT, out. 1992.
- MANÓVIL, Rafael Mariano. *Grupos de sociedades en el derecho comparado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

- MARIGHETTO, Andrea. Proposta de leitura comparativa e sistemática do Código de Consumo italiano. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 80. p. 13. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- _____. Uma nova realidade diante do projeto do CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; MEDINA, José Miguel Garcia; Fux, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Orgs.). *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2013.
- _____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. ; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- MARINS, James. *Habeas data*, antecipação de tutela e cadastros financeiros à luz do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 26. p. 105. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998.
- _____. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto: os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- _____. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MARQUES, Claudia Lima. *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- _____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- _____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 45. p. 70-99. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003.
- _____. Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 35. p. 61-96. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2000.
- _____. (org.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- _____. Prefácio da obra de Cristiano Heineck Schmitt. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- _____. Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 23. p. 47-93. Porto Alegre: UFRGS, 2003.
- _____. A regulação dos serviços públicos altera o perfil do consumidor. *Revista Marco Regulatório*. n. 1. p. 22-27. Porto Alegre: AGERGS, 1998.
- _____. A responsabilidade dos médicos e do hospital por falha no dever de informar ao consumidor. *Revista dos Tribunais*. v. 827. p. 11-48. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ações afirmativas em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 8. p. 3-41. Rio de Janeiro: Padma, 2001.
- _____. Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul. In: MARQUES, Claudia Lima; CAVALAZZI, Rosângela. *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- _____. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto. *O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

- _____. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissivos afetando o direito/ liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e o direito/liberdade de escolha. Nexo causal entre a falha/defeito de informação e defeito de qualidade nos produtos de tabaco e o dano final morte. Responsabilidade do fabricante do produto, direito a ressarcimento do danos materiais e morais, sejam preventivos, reparatórios ou satisfatórios. Parecer. *Revista dos Tribunais*. v. 835. p. 75-133. São Paulo: Ed. RT, maio 2005.
- _____; ALMEIDA, João Batista; PFEIFFER, Roberto. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*. ADIn 2.591. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- _____; ARROYO, Diego P. Fernández. RAMSAY, Iain. PEARSON, Gail (Ed.). *The global financial crisis and the need for consumer regulation: New developments on international protection of consumers / La crisis financiera mundial y la necesidad de regulación de la protección de los consumidores: nuevos desarrollos en la protección internacional de los consumidores*. Porto Alegre/Asunción: Orquestra Editora, 2012.
- _____; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- _____; _____. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- _____; BERTONCELLO, Karen Danilevicz. Publicidade e infância: Sugestões para a tutela legal das crianças consumidoras. In: PAQUALOTTO, Adalberto. BLANCO, Ana. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- _____; CAVALAZZI, Rosângela Lunardelli. *Direitos do consumidor endividado. Superendividamento e crédito*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- _____; GSELL, Beate (Org.). *Novas tendências internacionais do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- _____; MAZZUOLI, Valério. O consumidor-depositário infiel, os tratados de direitos humanos e o necessário diálogo das fontes nacionais e internacionais: a primazia da norma mais favorável ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 70. p. 93-138. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2009.
- _____; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- _____; MIRAGEM, Bruno. Constitucionalidade das restrições à publicidade de bebidas alcoólicas e tabaco por lei federal. Diálogo e adequação do princípio da livre iniciativa econômica à defesa do consumidor e da saúde pública (art. 170, CF/88). Parecer. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 59. p. 197-240. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2006.
- _____; _____. *Doutrinas essenciais. Direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- _____; _____. Prescrição das ações coletivas, pretensão dos depositantes em poupança popular e a proteção da confiança do jurisdicionado na alteração de jurisprudência consolidada dos tribunais. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 77. p. 373. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.
- _____; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto (coords.). *Saúde e responsabilidade 2. A nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- _____; MIRAGEM, Bruno; MOESCH, Teresa. Comentários ao Anteprojeto de Lei Geral de Defesa do Consumidor do Estado do Rio Grande do Sul, da OAB/RS. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 90. p. 399. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez. 2013.
- MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. *Revista do Ibrac – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 11. p. 67. São Paulo: Ed. RT, jan. 2004.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do idoso*. São Paulo: LTr, 2004.
- MARTINS, Eliseu. *Contabilidade de custos*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____; FERREIRA, Keila Pacheco. A contingente atualização do Código de Defesa do Consumidor: novas fontes, metodologia e devolução de conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 83. p. 11. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2012.

- MARTINS, Guilherme Magalhães. *Responsabilidade civil por acidentes de consumo na Internet*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- _____. Dano moral coletivo nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 82. p. 87. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2012.
- _____. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância. *Revista de direito do consumidor*, v. 102. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez./2015.
- _____. LONGHI, João Victor. A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais – Responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 78. p. 191. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2011.
- MARTINS, Pedro Baptista. *O abuso do direito e o ato ilícito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- MARTINS, Plínio Lacerda. *O abuso nas relações de consumo e princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. O caso fortuito e a força maior como causas de exclusão da responsabilidade civil no Código do Consumidor. *Revista dos Tribunais*. v. 690. p. 287-291. São Paulo: Ed. RT, abr. 1991.
- _____. A inversão do ônus da prova na ação civil pública proposta pelo Ministério Público em defesa dos consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 31. p. 70. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1999.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado. Sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Ed. RT, 1999.
- _____. *Comentários ao novo Código Civil. Do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5, t. II.
- _____. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- _____. A guerra do vestibular e a distinção entre publicidade enganosa e clandestina. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 6. p. 219. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1993.
- _____. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.) *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- _____. O princípio da vinculação contratual da publicidade: características e interpretação do negócio jurídico de oferta no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- _____. (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- _____. A teoria da imprevisão e a influência dos planos econômicos governamentais na relação contratual. *Revista dos Tribunais*. v. 670. p. 41-48. São Paulo: Ed. RT, ago. 1991.
- _____.; PARGENDLER, Mariana. Usos e abusos da função punitiva. As *punitive damages* no direito brasileiro. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. n. 28. p. 15-32. Brasília: CEJ, jan.-mar. 2005.
- MATEUS, Cibele Gralha. MATEUS, Renata Gralha. Vinculação de particulares aos direitos fundamentais. O princípio da proteção integral da criança e a liberdade na publicidade: até onde podemos ir? PASQUALOTTO, Adalberto. BLANCO, Ana. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- MAYER, Otto. *Derecho administrativo Alemán*. Buenos Aires: De Palma. 1951. t. II.
- MAZEAUD, Denis. *La notion de la clause penale*. Paris: LGDJ, 1992.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1945. v. 1.
- MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; TUNC, André. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Trad. Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1977.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *O inquérito civil. Investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MAZZILI, Hugo Nigro. O deficiente e o Ministério Público. *Revista dos Tribunais*, v. 629. São Paulo: Ed. RT, mar./1988.

- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- _____. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- _____. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*. n. 199. p. 89-96. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-mar. 1995.
- _____. Usuário, cliente ou consumidor? In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 35. p. 39. São Paulo: Ed. RT, jul. 2009.
- MELLO FRANCO, Vera Helena. *Contratos. Direito civil e empresarial*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Lutz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*, v. II. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas – análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- _____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- _____; _____. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor: Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- _____. *Manual de direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1999.
- MOON, *The constitutional protection of freedom of expression*. University of Toronto Press, 2000.
- MICKLITZ, Haus W. The general clause on unfair practices. In: HOWELS, Geraint. MICKLITZ, Haus -W. WILHELMSSON, Thomas. *European fair trading law. The unfair commercial practices directive*. Hampshire: Ashgate, 2006.
- MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- MILIBAND, Ralph. *The state in capitalist society*. New York: Basic Books Publishers, 1969.
- MIRAGEM, Bruno. Abuso do direito. Ilicitude objetiva no direito privado brasileiro. *Revista dos Tribunais*. v. 842. p. 11-44. São Paulo: Ed. RT, dez. 2005.
- _____. *Abuso do direito*. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- _____. *Abuso do direito. Proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas no direito privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- _____. A ADIn 2.591 e a constitucionalidade da aplicação do CDC às instituições bancárias, de crédito e securitárias: fundamento da ordem pública constitucional de proteção do consumidor. (STF, ADIn 2.591/DF, rel. p/ acórdão Min. Eros Grau). *Comentário de jurisprudência. Revista de Direito do Consumidor*. v. 61. p. 287. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2007.
- _____. Aplicação do CDC na proteção contratual do consumidor-empresário: concreção do conceito de vulnerabilidade como critério para equiparação legal (STJ, REsp 476.428-SC, rel. Min. Fátima Nancy Andrighi, j. 19.04.2005, DJU 09.05.2005). *Comentário de jurisprudência. Revista de Direito do Consumidor*. v. 62. p. 259. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2007.
- _____. Ausência de comunicação prévia pelo segurado e agravamento do risco no contrato de seguro: comentários à Súmula 465 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 80. p. 419. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2011.
- _____. Comissão de permanência e contrato bancário. Comentários à nova Súmula 472 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 83. p. 311-328. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.
- _____. Competência administrativa concorrente de fiscalização e repressão de infrações pelos órgãos administrativos de defesa do consumidor limites do exercício do poder de polícia administrativo e

- efetividade da proteção do consumidor - comentários ao REsp 1.087.892/SP. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 77. p. 431. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.
- _____. Consumo sustentável e desenvolvimento: por uma agenda comum do direito do consumidor e do direito ambiental. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. n. 74. p. 229. Porto Alegre: AMPRS, jan.-abr. 2014.
- _____. Conteúdo da ordem pública e os direitos humanos. Elementos para um direito internacional pós-moderno. In: MARQUES, Claudia Lima; ARAÚJO, Nádia de. *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a Erik Jayme*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. *Contrato de transporte*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- _____. Os contratos de previdência privada e o Código de Defesa do Consumidor na visão do Superior Tribunal de Justiça – Comentários sobre as súmulas 289, 291, 321 e 427, do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 78. p. 315. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2011.
- _____. Defesa administrativa do consumidor no Brasil. Alguns aspectos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 46. p. 120-163. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2003.
- _____. *Direito bancário*. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- _____. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. CARLINI, Angélica (Orgs.). *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- _____. O direito do consumidor como direito fundamental: conseqüências jurídicas de um conceito. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 43. p. 111-132. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2002.
- _____. O direito dos seguros no sistema jurídico brasileiro: uma introdução. *Revista de direito do consumidor*, v. 96. São Paulo: Ed. RT, nov.-dez./2014.
- _____. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 81. p. 39-90. São Paulo: Ed. RT, jan. 2012.
- _____. Os direitos da personalidade e os direitos do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 49. p. 40-76. São Paulo: Ed. RT, jan. 2004.
- _____. Diretrizes interpretativas da função social do contrato. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 56. p. 22-45. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2005.
- _____. *Eppur si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro*. In: MARQUES, Claudia Lima (org.). *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.) *A nova crise do contrato. Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- _____. Fundamento e finalidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às instituições financeiras: comentários à Súmula 297 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 82. p. 359-376. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.
- _____. Inscrição indevida em banco de dados restritivo de crédito e dano moral. Comentários à Súmula 385 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 81. p. 323-338. São Paulo: Ed. RT, jan. 2012.
- _____. A liberdade de expressão e o direito de crítica pública. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. n. 22. Porto Alegre: UFRGS, 2002.
- _____. Mercado, direito e sociedade da informação: desafios atuais do direito do consumidor no Brasil. In: MARTINS, Guilherme Magalhães. *Temas de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 71-99.
- _____. Mercado, fidúcia e banca uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito. *REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR*. v. 77. p. 185. São Paulo: Ed. RT, jan. 2011.
- _____. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 2011.

- _____. *A nova administração pública e o direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- _____. Nulidade das cláusulas abusivas nos contratos de consumo: entre o passado e o futuro do direito do consumidor brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 72. p. 41. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2009.
- _____. A proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão da ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente – CONANDA. Parecer. *Revista de direito do consumidor*, v. 95. São Paulo: Ed. RT, set.-out./2014.
- _____. Proteção da confiança do consumidor e responsabilidade das cooperativas médicas que operam com a mesma marca – Comentários à decisão da ApCiv 893.413-2 do TJPR. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 83. p. 329-348. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. Publicidade de palco, merchandising e os limites da responsabilidade das emissoras de televisão. Comentários ao REsp 1.157.228/RS. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 82. p. 377-402. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra. O novo Código Civil e a Lei de Imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- _____. Responsabilidade civil médica no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 63. p. 52-91. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2007.
- _____. Responsabilidade objetiva dos bancos por danos aos consumidores causados por fraude ou crime de terceiros: risco do empreendimento, conexão da atividade do fornecedor e fortuito interno – Comentários ao REsp 1.197.929/PR. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 81. p. 405-438. São Paulo: Ed. RT, jan. 2012.
- _____. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da internet. *Revista de direito do consumidor*. v. 70. p. 41. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2009.
- _____. Serviços postais, relação de consumo e responsabilidade da Empresa de Correios e Telégrafos por atraso na entrega. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 86. p. 311. São Paulo: Ed. RT, mar.-abr. 2013.
- _____. Serviços turísticos, espetáculos esportivos e culturais no mercado de consumo: a proteção do consumidor nas atividades de lazer e entretenimento. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 85. p. 67. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2013.
- _____. Tendências da responsabilidade civil das instituições financeiras por danos ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 87. p. 51. São Paulo: Ed. RT, mai.-jun. 2013.
- _____. A tipificação do crime de condicionar o atendimento médico-hospitalar emergencial à prestação de qualquer garantia – Comentários à Lei 12.653/2012. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 83. p. 303-310. São Paulo: Ed. RT, jul. 2012.
- _____. Transporte coletivo de passageiros e mobilidade urbana: desafio do direito do consumidor no século XXI. *Revista de direito do consumidor*, v. 100. São Paulo: Ed. RT, jul.-ago/2015.
- _____. Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 85. p. 325. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2013.
- _____. ; LIMA, Clarissa Costa de. Patrimônio, contrato e proteção constitucional da família. Estudo sobre a repercussão do superendividamento sobre as relações familiares. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 91. p. 85. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev. 2014.
- _____. ; MARQUES, Claudia Lima. Anteprojetos de lei de atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 82. p. 331. São Paulo: Ed. RT, abr. 2012.
- _____. ; _____. O direito fundamental de proteção do consumidor e os 20 anos da Constituição: fundamentos e desafios do direito do consumidor contemporâneo. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. (orgs.). *Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 644-667.
- _____. ; _____. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. II.
- _____. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. t. IV.
- MONTEIRO, António Pinto. O papel dos consumidores na política ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. v. 11. p. 69. São Paulo: Ed. RT, jul. 1998.
- MOORE JR., Barrington. *Aspectos morais do crescimento econômico*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Código de Defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade e nas demais práticas comerciais*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MORAES, Vitor de Andrade. *Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MORAES, Voltaire de Lima. Anotações sobre o ônus da prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 31. p. 63. São Paulo: Ed. RT, jul. 1999.
- MORAIS, Ezequiel. PODESTÁ, Fábio Henrique. CARAZAI, Marcos Marins. *Código de defesa do consumidor comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- MORATO, Antonio Carlos. O cadastro positivo de consumidores e seu impacto nas relações de consumo. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. v. 53. p. 13. São Paulo: Ed. RT, jul. 2011.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v. 2.
- _____. *A parte geral do Projeto de Código Civil brasileiro*. Subsídios históricos para o novo Código Civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MOREIRA JÚNIOR, Sebastião. *Regulação da publicidade das bebidas alcoólicas*. Brasília: Consultoria Legislativa do Senado Federal, 2005. mimeo.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Forense: São Paulo, 1976.
- _____. Reforma da ordem econômica e financeira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. v. 9. p. 22-25. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1994.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA. *Temas de direito processual civil. Primeira Série*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. Notas sobre a inversão do ônus da prova em benefício do consumidor. *Revista de Processo*. v. 86. p. 295-309. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- MOROSINI, Fábio. Visões acerca do novo direito da comunicação de massa. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 50. p. 182-214. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2004.
- MOSCHETTO, Bruno; ROUSSILON, Jean. *La banque et ses fonctions*. 5. ed. Paris: PUF, 2004.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.
- MOURA, Walter Faia de. O Código de Defesa do Consumidor e as Resoluções 2.878/2001 e 2.892/2001 do BACEN – Manual do cliente e usuário de serviços financeiros. In: MARQUES; ALMEIDA; PFEIFFER. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos Bancos*. ADIn 2.591. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MURPHY, Edward J.; SPEIDEL, Richard E.; AYRES, Ian. *Studies in contract law*. 5. ed. Westbury, NY: The Foundation Press, Inc., 1997.
- NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça. *Revista do CEJ*. v. 1. n. 3. p. 61-69. Brasília: CEJ, set.-dez. 1997.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato. Novos paradigmas*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2006.
- _____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- NEGROPONTE, Nicholas. *Being digital*. New York: Alfred A. Knopf, 1995.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1996.
- _____. Os princípios gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de direito do consumidor*. v. 3. p. 44-77. São Paulo: Ed. RT, set.-dez. 1992.
- _____. O regime da publicidade enganosa no Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de direito do consumidor*. v. 15. p. 210-211. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1995.

- _____. Questões de ordem pública e seu julgamento *ex officio*. Considerações sobre o verbete "STJ 381", da súmula da jurisprudência predominante do STJ. *Revista de direito privado*, v. 60. São Paulo: Ed. RT, out.-dez/2014.
- _____; NERY, Rosa Maria. *Código Civil comentado*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- _____; _____. *Código de Processo Civil anotado*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- NETTO LÓBO, Paulo Luiz. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 37. p. 59-76. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2001.
- _____. Princípios sociais dos contratos no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 42. p. 187-195. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2002.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de direito penal. *Revista dos Tribunais*. v. 775. p. 449. São Paulo: Ed. RT, maio 2000.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*. Uma introdução ao direito econômico. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Publicidade comercial: proteção e limites na Constituição de 1988*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- NUNES JR., Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. REZEK, José Francisco. *Constituição Federal. Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. Análise da situação político-institucional brasileira em relação à defesa do consumidor e da concorrência tendo em perspectiva os estudos empreendidos por ocasião dos 90 anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 14. p. 169. São Paulo: Ed. RT, jan. 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil brasileiro na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- OLIVEIRA, Juarez de (Org.) *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- OLIVEIRA, Júlio Moraes. *Consumidor empresário*. A defesa do finalismo mitigado. Belo Horizonte: Arraes, 2012.
- OLIVEIRA, Marcos Cavalcante de. *Moeda, juros e instituições financeiras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- OLIVEIRA, Moacyr de. Deficientes: sua tutela jurídica. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 4. São Paulo: Ed. RT, agosto/2011.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- OPPO, Giorgio. Desumanizzazione del contratto? *Rivista di Diritto Civile*. n. 5. p. 525-533. Padova, set.-out. 1998.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- OSSOLA, Frederico; VALLESPINOS, Gustavo. *La obligación de informar*. Córdoba: Avocatus, 2001.
- PASQUAL, Cristina Stringari. *Estrutura e vinculação da oferta no Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação de mestrado, Porto Alegre, UFRGS, 2003.
- _____. Oferta automatizada. *Revista de direito do Consumidor*. v. 67. p. 100-124. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2008.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 43. p. 96-110. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2002.
- _____. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil de 2002. PASQUALOTTO, Adalberto; PFEIFFER, Roberto. *O Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

- _____. *Contratos nominados II. Seguro, constituição de renda, jogo e aposta, fiança, transação e compromisso*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- _____. *Contratos nominados III*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- _____. Dará a reforma ao Código de Defesa do Consumidor um sopro de vida? *Revista de Direito do Consumidor*. v. 78. p. 11 e ss. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2011.
- _____. *Os efeitos obrigacionais da publicidade no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- _____. Publicidade do tabaco e liberdade de expressão. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 82. p. 11. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2012.
- _____. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. *Revista da Ajuris: responsabilidade civil*. p. 7-24. Porto Alegre: Ajuris, s/d.
- _____. Os serviços públicos no código de defesa do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 1. p. 130-148. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- PASQUALOTTO, Adalberto. BLANCO, Ana. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- PASSARELLI, Eliana. *Dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PAULA, Flávio Henrique Caetano de. A violação do CDC pelo STJ nas Súmulas 381, 385 e 404 e a necessidade de cancelamento destas. *Revista de direito do consumidor*, v. 91. São Paulo: Ed. RT, jan.-fev./2014.
- PEIXOTO, Ester Lopes. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 45. p. 140-171. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 3.
- _____. *Instituições de direito civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. v. 3.
- _____. *Lesão nos contratos*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- _____. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. Responsabilidade civil por danos ao consumidor causados por defeitos dos produtos: teoria da ação social e o direito do consumidor. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- PEREIRA, Joel Timóteo Ramos. *Direito da internet e comércio eletrônico*. Lisboa: Quid Juris, 2001.
- PEREIRA, Juliana. CIPRIANO, Ana Cândida Muniz. Proteção e defesa do consumidor turista e visitante no Brasil. *Revista de direito do consumidor*, v. 102. São Paulo: Ed. RT, out.-dez./2015.
- PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
- _____. *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. Camerino: Jovene Editore, 1972.
- PEYRANO, Jorge. Novidades procesuais. Tutela de evidência. *Revista de processo*, v. 189. São Paulo: Ed. RT, nov./2010.
- PESSOA JORGE. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 76. p. 131. São Paulo: Ed. RT, out. 2010.
- _____. Proteção do consumidor e defesa da concorrência. Paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor* v. 76, São Paulo: Ed. RT, out.-dez./2010.
- PICÓ I JUNOY, Joan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- PIERRI, Deborah. Políticas públicas e privadas em prol dos consumidores hipervulneráveis - idosos e deficientes. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 92. São Paulo: RT, março-abril/ 2014.
- PIMONT, Sebastien. *Leconomie du contrat*. Aix-em-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

- PINTO VIEIRA, Adriana Carvalho; CORNÉLIO, Adriana Régio. Produtos light e diet o direito à informação do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 54. p. 9-27. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2005.
- PINTO VIEIRA, Ana Lúcia. *O princípio constitucional da igualdade e o direito do consumidor*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- POLIDO, Walter. *Contrato de seguro*. Novos paradigmas. São Paulo: Roncarati, 2010.
- _____. A limitação da autonomia privada nas operações de seguros: coletivização dos interesses – nova perspectiva social e jurídica do contrato de seguro. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 74. p. 284. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2010.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1959. t. XXIV.
- _____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1972. t. XXXVIII.
- _____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1970. t. IV.
- _____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1971. t. XXII.
- _____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1972. t. XLII.
- _____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1972. t. XLV.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo XLII. Direito das obrigações. Mútuo. Conta Corrente. Atualizador: Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo XLV. Direito das obrigações. Contrato de Transporte. Contrato de Parceria. Jogo e Aposta. Contrato de seguro. Atualizador: Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo XLVI. Direito das obrigações. Seguros. Atualizador: Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo XL. Direito das obrigações. Locação de coisas. Atualizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte Especial. Tomo XLIV. Direito das obrigações. Representação. Fiança. Edição Empreitada. Atualizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo LII. Direito das obrigações. Negócios bancários e de bolsa. Atualizador: Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- _____. *Tratado de direito privado*. Parte especial. Tomo XXXVIII. Direito das obrigações. Negócios jurídicos bilaterais. Atualizadores: Claudia Lima Marques e Bruno Miragem. São Paulo: Ed. RT, 2012.
- POTHIER, R. J. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2001.
- POUND, Roscoe. *An introduction to the philosophy of law*. New Haven: Yale University Press, 1982.
- PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- PRIEST, George S. A theory of consumer product warranty. In: CRASWELL, Richard; SCHWARTZ, Alan. *Foundations of contract law*. New York: Oxford University Press, 1994.
- PRIÉUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris: Éditions Dalloz, 2004.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 1999.
- QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. A eficácia probatória do inquérito civil no processo judicial: uma análise crítica da jurisprudência do STJ. *Revista de Processo*. v. 146. p. 189. São Paulo: Ed. RT, abr. 2007.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- RAMOS, André de Carvalho. Jurisdição internacional sobre relações de consumo no novo Código de Processo Civil. Avanços e desafios. In: MARQUES, Claudia Lima. GSELL, Beate (Org.). *Novas tendências internacionais do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

- RAMSAY, Iain. Consumer protection in the era of informational capitalism. In: WILHEMSSON, Thomas; TUOMINEM, Salla; TUOMOLA, Heli. *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer Law International, 2001.
- _____. O controle da publicidade em um mundo pós-moderno. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 4. São Paulo: ED. RT, out-dez./1992.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. São Paulo: Ed. RT, 1997. v. 1.
- REALE, Miguel. *A nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- REDCLIFT, Michael. *Sustainable development*. Londres: Methuen, 1987.
- RÊGO, Lúcia. *A tutela administrativa do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- REICH, Norbert. *General principles of EU Civil Law*. Cambridge: Intersentia, 2014.
- REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*. v. 410. p. 12-24. São Paulo: Ed. RT, dez. 1969.
- RIBEIRO, Elmo Pilla. *O princípio de ordem pública em direito internacional privado*. Porto Alegre, 1966.
- RIBEIRO, Luciana Antonini. A privacidade e os arquivos de consumo na internet. Uma primeira reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 41. p. 151-165. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2002.
- RICHARD, Efraín Hugo. Daños producidos por el dumping. In: ITURRASPE, Jorge Mosset et alli. *Daños. Globalización – Estado – Economía*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000.
- RINESSI, Antonio Juan. *El deber de seguridad*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007.
- _____. *Relación de consumo y derechos del consumidor*. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- RIPERT, Georges. *A regra moral das obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.
- _____. *O regime democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937.
- RIVOLTA, Gian Carlo M. Gli atti d'impresa. *Rivista di diritto civile*. ano XL. n. 1. Padova: Cedam, jan.-fev. 1994.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *A oferta no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Lemos, 1997.
- _____. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- ROCHA, Roberto Silva da. Natureza jurídica dos contratos celebrados com sites de intermediação no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 61. p. 239. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2007.
- RODYCZ, Wilson. A obrigatoriedade de o ofertante cumprir a oferta publicitária à luz do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima. *Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- ROLIM, Maria João Pereira. *Direito econômico da energia elétrica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ROLLO, Artur Luis de Mendonça. *Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- ROSSETTI, Marco. *Il diritto dele assicurazioni*. Padova: Cedam, 2011. v. 1.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte general. Trad. Diego Manuel Luzón-Peña et al. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.
- _____. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1997.
- SAAVEDRA, Giovani Agostini. LUPION, Ricardo (Org.) *Direitos fundamentais, direito privado e inovação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.
- SAFFER, H.; DAVE, D. *Alcohol advertising and alcohol consumption by adolescents*. National Bureau of Economic Research, Working Paper n. 9676. Cambridge, 2003.

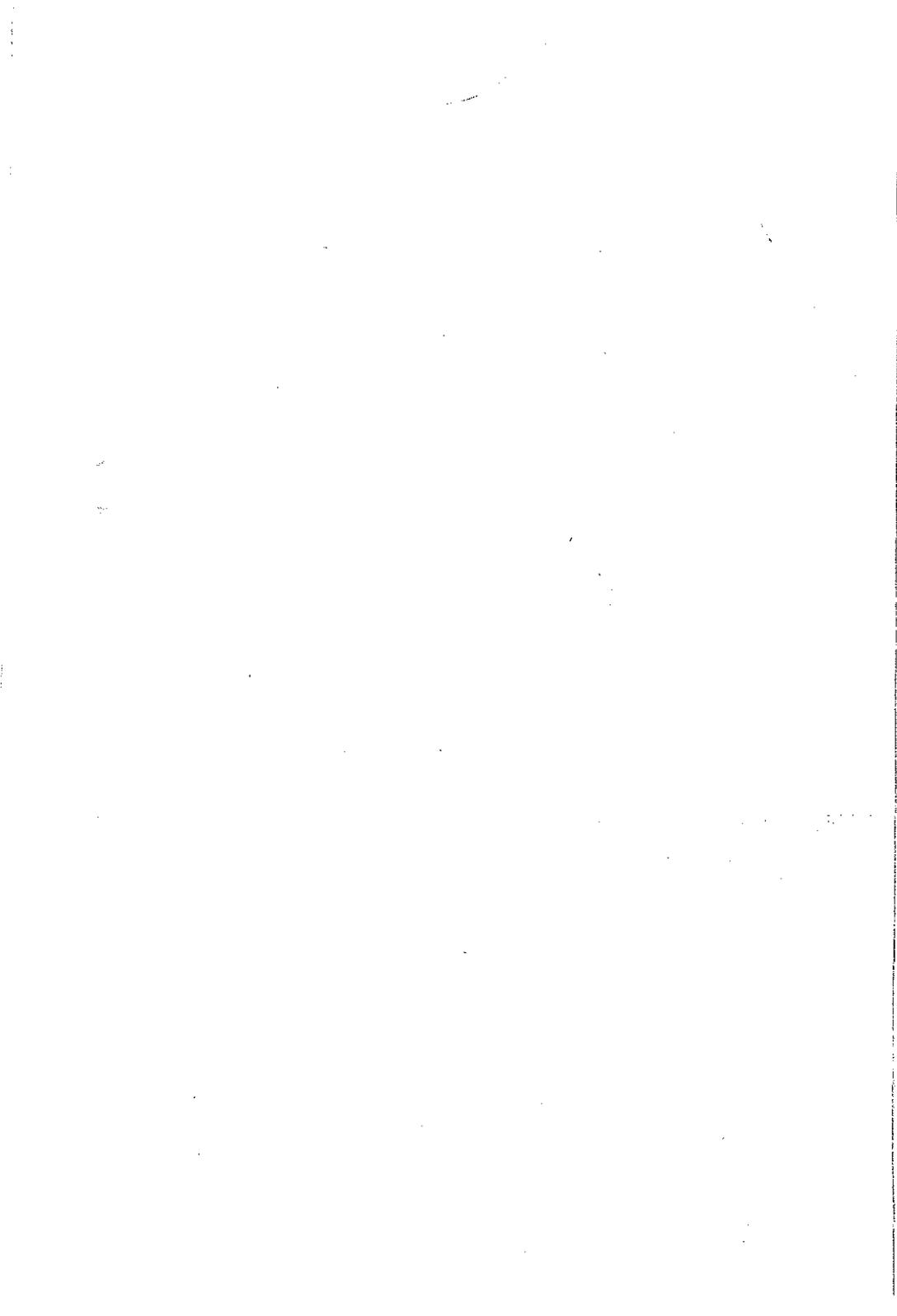
- SALAH, Mohamed Mahmoud Mohamed. As transformações da ordem pública econômica. Rumo a uma ordem pública reguladora? *Filosofia do direito e direito econômico: que diálogo? Miscelâneas em honra de Georges Farjat*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial. As estruturas*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SALOMÃO NETO, Eduardo. *Direito bancário*. São Paulo: Atlas, 2005.
- SAMPAIO, Aurisvaldo. *Contratos de planos de saúde*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- _____; CHAVES, Cristiano (coord.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva. Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *O direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SANGUINÉ, Odone. Introdução aos crimes contra o consumidor: perspectiva criminológica e penal. *Fascículos de Ciências Penais*. v. 4, n. 2, p. 17-43. Porto Alegre: Sérgio Fabris, abr.-jun. 1991.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANSONE, Priscila David. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 40. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2001.
- SANTANA, Héctor Valverde. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- _____. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- SANTOLIM, Cesar. Anotações sobre o anteprojeto da comissão de juristas para a atualização do Código de Defesa do Consumidor na parte refere ao comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 83, p. 73. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2012.
- SANTOS, Andreia Mendes. Uma relação que dá peso: propaganda de alimentos direcionada para crianças, uma questão de saúde, direitos e educação. In: PASQUALOTTO, Adalberto. BLANCO, Ana. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos (coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANTOS, Oscar López. Protección jurídica del consumidor de servicios en España. *Revista de Ajuris*. v. 1. Edição Especial. p. 274-282. Porto Alegre: Ajuris, mar. 1998.
- SANTOS, Ricardo Bechara dos. *Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- _____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 30, p. 97. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1999.
- _____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. (org.) *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SARRA, Andrea Viviana. *Comercio electrónico y derecho. Aspectos jurídicos de los negocios en Internet*. Buenos Aires: Astrea, 2001.
- SAUX, Edgardo Ignacio. Causalidad y responsabilidad de los grupos. Caso de autor anónimo y de autor identificado. *Revista de derecho de daños*, 2003-2. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.
- SCARTEZZINI GUIMARÃES, Paulo Jorge. *A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- _____. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança. Cumprimento imperfeito do contrato*. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- SCHMIDT, André Perin. *Revisão dos contratos com base no superendividamento. Do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil*. Curitiba: Juruá, 2012.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- _____. *Consumidores hipervulneráveis. A proteção do idoso no mercado de consumo*. São Paulo: Atlas, 2014.

- _____. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. *Revista dos Tribunais*. v. 880. p. 9. São Paulo: Ed. RT, fev. 2009.
- _____. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e de seguros privados de assistência à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 51. p. 130-154. São Paulo: Ed. RT, 2004.
- _____. Reajustes em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. In: MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto (coords.). *Saúde e responsabilidade 2. A nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- _____. MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima; SCHMITT, Cristiano Heineck; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto (coords.). *Saúde e responsabilidade 2. A nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Ed. RT, 2008.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SERICK, Rolf. *Forma e realtà della persona giuridica*. Milão: Giuffrè, 1966.
- SHÈTH, Jagdish N.; MITTAL, Banwari; NEWMAN, Bruce I. *Comportamento do cliente: indo além do comportamento do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2001.
- SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.
- _____. A legitimidade da associação para a ação civil pública. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (coord.). *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva*. Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- _____. *Processo e ideologia. O paradigma racionalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- SILVEIRA, Paulo Caliendo Velloso da. *A proteção de dados no direito comparado*. *Revista da AJURIS*. v. 71. p. 302-343. Porto Alegre: Ajuris, nov. 1997.
- SIMÃO, José Fernando. *Os vícios do produto no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2003.
- SOARES, Ardyllis Alves. A tutela internacional do consumidor turista. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 82. p. 113. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2012.
- SODRÉ, Marcelo. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2007.
- SOUPHANOR, Nathalie. *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris: LGDJ, 2000.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- SOZZO, Gonzalo. *Antes del contrato. Los cambios en la regulación jurídica del período precontractual*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2005.
- STIGLITZ, Gabriel. *Protección jurídica del consumidor*. 2. ed. Buenos Aires: De Palma, 1988.
- _____. Responsabilidad civil por daños derivados de la informática. In: Trigo Represas, Félix (org.). *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2006. t. VI.
- _____. O direito do consumidor e as práticas abusivas - realidade e perspectivas na Argentina. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, São Paulo: Ed. RT, jul.-set.1992.
- STIGLITZ, Ruben. *Autonomía de la voluntad e revisión del contrato*. Buenos Aires: De Palma, 1992.
- STOFFEL-MUNCK, Philippe. *Leabus dans le contrat. Essai d'une théorie*. Paris: L.G.D.J., 2000.
- STÜBER, Walter Douglas. A reforma da ordem econômica e financeira. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. v. 14. p. 80-91. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 1996.

- SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SZAFIR, Dora. *Consumidores. Análisis exegético de la Ley 17250*. A ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2014.
- TÁCITO, Caio. *Direito do consumidor. O direito na década de 1990: novos aspectos – Estudos em homenagem ao Prof. Arnaldo Wald*. São Paulo: Ed. RT, 1992.
- _____. O equilíbrio econômico financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*. n. 63. Rio de Janeiro.
- _____. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. v. 202. p. 1-10. Rio de Janeiro: Renovar, out.-dez. 1995.
- _____. *Responsabilidade civil objetiva e risco. A teoria do risco concorrente*. São Paulo: Método, 2011.
- TARTUCE, Flávio. *O novo CPC e o direito civil. Impactos, diálogos e interações*. Rio de Janeiro: Método, 2015.
- TARUFFO, Michele. A atuação executiva dos direitos: perfis comparativos. *Revista do Processo*. v. 1. p. 59-72. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1990.
- TARUFFO, Michelle. *Precedente e jurisprudência*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.
- TAWIL, Nadir N. Commercial speech. A proposed definition. *27 Howard Law Journal*, 1015, 1984.
- TRAJANO, Fábio. A inconstitucionalidade da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 73. São Paulo: ED. RT, jan.-mar./2010.
- TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (org.) *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Multipropriedade imobiliária*. São Paulo: Saraiva, 1993
- _____. Notas sobre o nexo de causalidade. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. t. II.
- _____. (coord.). *Obrigações. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- _____. A responsabilidade civil nos contratos de turismo. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 26. p. 83. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1998.
- _____. A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista trimestral de direito civil*. v. 2. p. 41-75. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2002.
- _____. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- THIEFFRY, Patrick. *Commerce électronique. Droit international et européen*. Paris: Éditions Litec, 2002.
- THIERER, Adam. Advertising, commercial speech and first amendment parity. *Charleston Law Review*, 5, 2010-2011.
- THOMAS, Lyn C.; EDELMAN, David B.; CROOK, Jonathan N. *Readings in credit scoring*. New York: Oxford University Press, 2004.
- TOMASETTI JÚNIOR., Alcides. Transparência e informação eficiente: um modelo dogmático para el Código Brasileiro de protección del consumidor. In: ITURRASPE, Jorge Mosset; LORENZETTI, Ricardo Luis. *Defensa del consumidor*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1993.
- TORON, Alberto Zacharias. Aspectos penais da proteção do consumidor. *Fascículos de Ciências Penais*. n. 4. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.
- TOSCANO DE BRITO, Rodrigo Azevedo. *Incorporação imobiliária à luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002.

- TRIGO REPRESAS, Félix (org.). *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- TROCKER, Nicolò. La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi con particolare riguardo allá protezione del consumatori contro atti di concorrenza sleale: analiscocomparativa dell'esperienza tedesca. *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1976.
- _____. *Processo civile e costituzione*. Milano: Giuffrè, 1974.
- _____. *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo in materia civili: profili generali*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, n. 2. Milano:Giuffrè, , 2001.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. Código do Consumidor e processo civil. Aspectos polêmicos. *Revista dos Tribunais*. v. 671. p. 32-39. São Paulo: Ed. RT, set. 1991.
- TZIRLUNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. *Contrato de seguro de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- TZIRLUNIK, Ernesto. *Regulação do sinistro*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2008.
- VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 35. p. 219. São Paulo: Ed. RT, jul. 2000.
- VEDEL, Georges. *Direito administrativo*. Trad. Juan Rincón Jurado. Madrid: Aguilar, 1980.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. A força vinculante da oferta no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 8. p. 79-91. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993.
- VERRUCOLI, Piero. *Il superamento de la personalità giuridica della società di capitali nella "Common Law" e nella "Civil Law"*. Milano: Giuffrè, 1964.
- VERSTERGAARD, Torben; SCHRODER, Kim. *A linguagem da propaganda*. Trad. João Alves dos Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- VIAL, Sophia Martini. Contratos de comércio eletrônico de consumo: desafios e tendências. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 80. p. 277. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2011.
- VIEIRA, Patricia Ribeiro. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo*. Milano: Giuffrè, 1979.
- VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- VILLEY, Michel. Essor et déclin du volontarisme juridique. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Dalloz, Paris, 1962.
- _____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- VINEY, Genevieve; JOURDAIN, Patrice. *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité*. 2. ed. Paris: LGDJ, 2001.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato de Diritto Commerciale*. 4. ed. Milão: Casa Editrice Dott. Francesco Vallardi, 1920.
- WALD, Arnoldo. O Código de Defesa do Consumidor e os bancos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. n. 35. p. 277. out.-dez. 2007.
- _____. O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras. *Revista de Informação Legislativa*. n. 11. Brasília: Senado Federal, jul.-set. 1991.
- WALINE, Marcel. *L'individualisme et le Droit*. Paris: Éditions Domat Montchrestien, 1945.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DIDIER JR. Fredie. TALAMINI, Eduardo. DANTAS, Bruno (Coord.) Apresentação. *Breves comentários ao novo Código de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- _____. Cada caso comporta uma única solução correta? In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*, v. II. São Paulo: Ed. RT, 2014.
- _____. *Direito jurisprudencial*. São Paulo; Ed. RT, 2012.

- _____. Precedentes e evolução do direito. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.) *Direito jurisprudencial*. São Paulo; Ed. RT, 2012.
- WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Participação e processo*. São Paulo: Ed. RT, 1988.
- WEINGARTEN, Celia. El valor economico de la confianza para empresas y consumidores. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 33. p. 33. São Paulo: Ed. RT, jan. 2000.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Trad. Antônio Manuel Hespanha. Lisboa; Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- WIESE, Leopold; BECKER, H. O Contacto Social. In: CARDOSO, Fernando Henrique e IANNI, Octávio (orgs.). *Homem e sociedade. Leituras básicas de sociologia geral*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1961.
- WILHELMSSOM, Thomas. The consumer's right to knowledge and the press. In: WILHELMSSOM, Thomas; TUOMINEM, Salla; TUOMOLA, Heli. *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer Law International, 2001.
- _____. Existiria um direito europeu do consumidor – E deveria existir? *Revista de Direito do Consumidor*. v. 53. p. 181-198. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2005.
- _____. TUOMINEM, Salla; TUOMOLA, Heli. *Consumer law in the information society*. Hague: Kluwer Law International, 2001.
- WINTGEN, Robert. *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers em droit français et allemand*. Paris: LGDJ, 2004.
- WOLFF Karl. *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*. 2. Auflage. Wien, 1947.
- WUNDERLICH, Alexandre. Sobre a tutela penal das relações de consumo: da exegese da Lei 8.078/90 à Lei 8.137/90 e as consequências dos “tropeços do legislador”. *Revista Jurídica*. n. 336. p. 77-98. Porto Alegre: Nota Dez, out. 2005.
- XAVIER, José Tadeu Neves. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*. n. 10. P. 59. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2002.
- ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 1997.
- ZANELLATO, Marco Antônio. O sancionamento penal da violação do dever de informar no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 8. p. 92-100. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1993.
- _____. Sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores pelo Ministério Público. In: SAMPAIO, Aurisvaldo; CHAVES, Cristiano (coord.) *Estudos de direito do consumidor: tutela coletiva. Homenagem aos 20 anos da Lei da Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- ZANETTI, Cristiano de Sousa. *Responsabilidade pela ruptura das negociações*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- ZANNONI, Eduardo A. Cocusación de daños. Una visión panorámica. *Revista de Derecho de Daños*. 2003-2. p 7-20. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2003.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Processo coletivo. Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- ZHANG, J.; CASSWELL, S. Impact of liking for advertising and brand allegiance on drinking and alcohol-related aggression: a longitudinal study. *Addiction*. v. 93. n. 8. p. 1209-1217. ago. 1998.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introducción al derecho comparado*. Trad. Arturo Aparicio Vazquez. México: Oxford University Press, 2002.



OUTRAS OBRAS DO AUTOR

- Abuso do direito. Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- Abuso do direito. Proteção da confiança e limites ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado brasileiro.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- Comentários à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.* São Paulo: Forense, 2010.
- Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. (Em coautoria com Claudia Lima Marques e Antonio Herman V. Benjamin.)
- Contrato de transporte.* São Paulo: Ed. RT, 2013.
- Direito bancário.* São Paulo: Ed. RT, 2013.
- Direito civil: responsabilidade civil.* São Paulo: Saraiva, 2015.
- Direito dos seguros: Fundamentos de direito civil, direito empresarial e direito do consumidor.* São Paulo: Ed. RT, 2014 (Co-organizador com Angélica Carlini).
- Doutrina, processos e procedimentos. Direito do consumidor, v. 1 e 2* (coord. com Claudia Lima Marques e Antônio Herman Benjamin). São Paulo: Ed. RT, 2015.
- Doutrinas essenciais – Direito do consumidor.* Ed. RT, 2011. 7 volumes (coord. com Claudia Lima Marques)
- A nova administração pública e o direito administrativo.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis.* 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014 (Em coautoria com Claudia Lima Marques).
- Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra. O novo Código Civil e a Lei de Imprensa.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- Tratado de direito privado* (Atualização da obra de Francisco Cavalcante Pontes de Miranda), vols. 38, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46 e 52. São Paulo: Ed. RT, 2012.