

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

ANDRÉ PESSOA DA SILVA

GARANTIA PRÉ CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Aracaju

2014

ANDRÉ PESSOA DA SILVA

GARANTIA PRÉ CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Monografia apresentada a Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe como um dos pré-requisitos para obtenção de grau de bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Esp. Pedro Dias de Araújo Júnior

Aracaju

2014

ANDRÉ PESSOA DA SILVA

GARANTIA PRÉ CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Monografia apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito a comissão julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe.

Aprovado(a): em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

PROF. ESP. PEDRO DIAS DE ARAÚJO JÚNIOR

PROF. ESP. ANDRÉ LUÍS PEREIRA OLIVEIRA

PROF. ESP. KLEIDSON NASCIMENTO

Dedico à minha maravilhosa esposa Solange Pessoa Paz, que sempre mim incentivou para a realização dos meus ideais encorajando-me a enfrentar todos os meus momentos difíceis da vida.

Com muito carinho dedico a minha mãe Maria da Penha Pessoa da Silva, pela compreensão, apoio e contribuição para minha formação acadêmica.

Aos meus filhos André Pessoa da Silva Júnior, Allyson Pessoa da Silva e Ana Júlya Pessoa paz.

AGRADECIMENTOS

A Deus por tudo que ele representa para minha vida, sem Deus nada sou e nada serei, com Deus, sou forte e irei longe, pois dependo exclusivamente dele, quanto eu pensava ser impossível, Deus mim mostrou que era possível conduzindo-me até aqui.

A minha família em especial minha esposa e minha mãe que sempre me incentivarão na continuação do curso, amigas que hoje sorriem orgulhosas ou choram emocionada, que muitas vezes, na tentativa de acertar, cometeram falhas, mas que inúmeras vezes foram vitoriosos, que se doaram inteiras e renunciaram aos seus sonhos, para que, muitas vezes, eu pudesse realizar o meu sonho. A vocês que compartilharam o meu ideal e os alimentaram, incentivando a prosseguir na jornada, mostrando que o nosso caminho deveria ser seguido sem medo, fossem quais fossem os obstáculos. Minha eterna gratidão vai além de meus sentimentos, pois a vocês foi cumprido o dom divino. O dom de ser esposa, o dom de ser mãe.

A todos que ouviram os meus desabafos, que presenciaram e respeitaram o meu silêncio, que partilharam este longo passar de anos, de páginas, de livros e cadernos, que me acompanharam, choraram, riram, sentiram, participaram, aconselharam, dividiram, as suas companhias, os seus sorrisos, as suas palavras e mesmo as ausências foram expressões de amor profundo. As alegrias de hoje também são suas, pois seus amores, estímulos e carinhos foram armas para essa minha vitória.

O homem mais pobre não é o homem
sem dinheiro: é o homem sem sonhos,

Max Forman

RESUMO

Esta monografia, realizada com base em pesquisa científica, apresenta e analisa os aspectos das garantias pré-contratual na relação de consumo com intuito de apresentar de forma clara toda dinâmica que as envolve, baseando-se na doutrina e legislação. Do mesmo modo, identificaram-se, em pesquisa bibliográfica, os princípios específicos da relação de consumo, quais sejam o da vulnerabilidade, o da boa-fé e o da equidade e constatou-se que a prática os viola, especialmente a vulnerabilidade técnica e informacional. Discorreu-se sobre os elementos e os objetos da relação de consumo como também a proteção contratual destacando as fases contratuais e enfatizando a fase pré-contratual que consiste na conversa nas negociações entre as partes para a formulação do contrato, não precisa se ter o interesse definitivo, é apenas uma conversa, sendo que essa fase é de suma importância, pois as informações e os documentos pré-contratuais poderão ter grande conexão no alcance que as partes objetivam na assinatura do contrato.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor; relação de consumo; garantias contratuais.

ABSTRACT

This monograph, based on scientific research, presents and analyzes aspects of pre-contractual guarantees in respect of consumption in order to present clearly the whole dynamic that involves, relying on doctrine and legislation. Likewise, identified in bibliographical research, specific principles, namely consumption ratio of vulnerability, of good faith and fairness and it was found that the practice violates, especially technical and informational vulnerability. Talked about the elements and objects of consumption as well as contractual protection highlighting the contractual phases and emphasizing the pre-contractual phase consisting of the conversation in the negotiations between the parties for the formulation of the agreement, do not need to have definite interest, is just a conversation, being that this phase is of paramount importance, because the information and documents may be large pre-contractual connection in the range which the parties aim at the signing of the contract.

Keywords: consumer law; consumer relationship; contractual guarantees.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF – Constituição Federal

CDC – Código de defesa do consumidor

IDEC – Instituto de defesa do consumidor

ONU – Organização das Nações Unidas

PROCON – Grupo executivo de proteção ao consumidor

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE CONSUMO	14
2.1 Aspectos Históricos do Direito do Consumidor	14
2.2 A Constituição de 1988 e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor	16
3 ASPECTOS GERAIS DO DIREITO CONSUMERISTA	19
3.1 Princípios Gerais do Direito do Consumidor.....	19
3.1.1 Princípio da Vulnerabilidade	19
3.1.2 Princípio da solidariedade.....	21
3.1.3 Princípio da boa-fé.....	22
3.1.4 Princípio do equilíbrio	25
3.2 Elementos da Relação de Consumo	27
3.2.1 Conceito de Relação de Consumo	27
3.3 Sujeitos da Relação de Consumo.....	29
3.3.1 Consumidor	29
3.3.1.1 Correntes de interpretação da definição jurídica de consumidor	30
3.3.1.1.1 Corrente de interpretação finalista	31
3.3.1.1.2 Corrente de interpretação maximalista	31
3.3.2 Fornecedor.....	32
3.4 Objeto: Produto e Serviço	32
3.4.1 Produto	33
3.4.2 Serviço.....	34
4 EFEITOS DAS GARANTIAS PRÉ CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO	36
4.1 As Fases Contratuais	37
4.1.1 Fase Pré-Contratual.....	37
4.1.2 A publicidade	38
4.1.3 Publicidade enganosa.....	40
4.1.4 Publicidade abusiva	41
4.1.5 Oferta	43
4.1.6 Práticas abusivas.....	44

4.2 Fase Contratual	
4.2.1 Contrato de adesão.....	46
4.2.2 O art. 46 do CDC	47
4.2.3 Interpretação dos contratos de adesão – art. 47 do CDC.....	50
4.2.4 Direito de arrependimento do consumidor - Art. 49 do CDC.....	51
4.2.5 Práticas abusivas na fase contratual	52
4.3 Responsabilidade civil	53
4.3.1 Relação de consumo e responsabilidade civil	54
4.3.1.1 Responsabilidade pelo fato do produto.....	56
4.3.1.2 Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço	59
5 CONCLUSÃO	63
REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

Em cada um de nós existe um consumidor e que cada pessoa que conhecemos também existe um ato de consumo, ou seja, as pessoas consomem frequentemente nos dias atuais, sejam por rádios, televisões, revistas, internet ou encarte, todos desejam obter produtos ou serviços, sucesso, dinheiro e até mesmo melhores condições físicas. As pessoas estão pagando ainda mais por produto ou serviços que lhe tragam bem estar, portanto não se deve deixar de analisar e levar em conta as garantias pré-contratuais que é de responsabilidade do fornecedor do produto ou serviço que ao expor um produto ou serviço induz ao consumidor ir à busca para adquirir, fomentando o interesse do consumidor. Entender a relação de consumo abre diversas portas para compreender as razões para quais o consumidor tem direito e garantias quando se pré-dispõe para adquirir um produto ou serviço.

Sabe-se que numa relação contratual estão entrelaçados consumidor e fornecedor. Aquele que segundoprescreve o Código de defesa do consumidor, é parte vulnerável, e necessita de proteção especial. Para avaliar esse resguardo, necessário se faz, antes de qualquer outra providência garantir o direito de informação, viga mestra no sustento dos demais direitos intrínsecos à relação de consumo.

Desde a Constituição Federal de 1988 até o advento do Código Civil 2002, anos passaram, e só a partir desde diploma legal que um texto de direito privado contará com dispositivos destinados exatamente a propiciar a releitura dos contratos à luz da nova principiologia constitucional.

Entre a Constituição Federal e o Código Civil, contudo, o Código de defesa do consumidor revela importância fundamental nesse processo de transformação e ressignificação da tutela contratual. É a partir dele que toda a tutela contratual foi repensada, reanalisada e reinterpretada.

O presente estudo tem como objetivo analisar as garantias que norteiam o consumidor quando se predispõe para adquirir um produto ou serviço, mostrando que o fornecedor ao colocar um produto ou serviço no mercado tem responsabilidade direta com o consumidor que se predispõe em adquirir seja dentro de uma loja ou não.

Esta monografia foi dividida em capítulos para facilitar o seu entendimento, a saber:

O capítulo 1 abordará os aspectos históricos do direito do consumidor.

O capítulo 2 avaliará os aspectos gerais do direito consumerista destacando os princípios que norteiam o direito do consumidor, os elementos e objetos da relação de consumo.

Por conseguinte o capítulo 3 que analisará a proteção contratual do consumidor.

Encerrando assim, este trabalho com as considerações finais, nas quais são apresentadas pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e reflexões sobre as garantias pré-contratual na relação de consumo.

Toda pesquisa precisa de métodos e técnicas para que se possam atingir as metas propostas, para a presente pesquisa foram utilizados diversos métodos para facilitar a execução da pesquisa sendo que o método de pesquisa utilizada será dedutivo, partindo da premissa geral para as demais, nos respaldando também de métodos auxiliares extremamente necessários como o comparativo e o histórico de modo a demonstrar a evolução histórica da questão, e finalmente utilizou-se o método de abordagem qualitativo, onde foi analisado legislações, doutrina, sites, artigos, revistas e demais documentos que se tornem necessários.

2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE CONSUMO

2.1 Aspectos Históricos do Direito do Consumidor

As atuais modificações do direito contemporâneo têm registrado para a adoção de providências legislativas apontando à equalização de relações jurídicas caracterizadas pela linha da desigualdade. Desigualdade esta que pode se expor 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 protótipo individualista, especialmente no direito privado, resigna 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 desigualdade¹.

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. Sendo a concepção dos direitos difusos ou coletivos o último passo desta trajetória onde a determinação dos titulares do direito é relativa, e seus efeitos dizem respeito a todo um grupo ou a coletividade. Desta forma, 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 consumidor².

Desde os primórdios, de maneira indireta surgiram normas/leis em busca da igualdade entre referidos sujeitos da relação consumerista. Hodiernamente, tem-se que o Código de Hamurabi, surgido por volta do século XIII a.C, na Babilônia, é um dos mais antigos conjuntos de leis escritas já encontrado. Em seu artigo 25, § 227, prescreve o seguinte - "Se um construtor edificou uma casa para um Awilum (Homens livres, proprietários de terras, que não dependiam do palácio e do templo),

¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 28

² Id. *Ibid.*, p. 29

mas não reforçou seu trabalho, e a casa que construiu caiu e causou a morte do dono da casa, esse construtor será morto"³.

No século XVIII a.C., o Código de Massú, Índia, estabelecia sanções e ressarcimentos de danos para quem adulterasse alimentos ou entregasse coisa diferente da acordada, sempre com o intuito de prejudicar o consumidor/adquirente. O Direito Romano, no período clássico, responsabilizava o vendedor pelos vícios da coisa, a não ser que estes fossem desconhecidos por ele; no período Justiniano, referida responsabilidade era atribuída ao vendedor, mesmo que o defeito fosse desconhecido⁴.

Em 1481, na França, havia punição física para o vendedor que enganasse o consumidor, por exemplo, quem vendesse leite com água para aumentar o volume, era punido com banho escaldante. Nos Códigos Penais de Portugal, de 1852 e 1886 havia repressão a certas práticas comerciais desonestas. Na Suécia, a primeira legislação com vistas a proteger o consumidor, ocorreu em 1910. Nos Estados Unidos da América, referida proteção surgiu em 1914, através da criação da Federal Trade Commission⁵.

Considera-se que foi um discurso de John F. Kennedy, no ano de 1962 nos Estados Unidos que surgiram as primeiras legislações claramente protetoras, onde o mesmo enumerou os direitos do consumidor e os considerou como novo desafio necessário para o mercado, o início da reflexão jurídica mais profunda sobre o tema, considerando que “todos somos consumidores”.⁶

A Organização das Nações Unidas (ONU), em 1985, estabeleceu diretrizes para esta legislação e consolidou a ideia de que se trata de um direito humano de nova geração, um direito social e econômico, um direito de igualdade material do mais fraco, do leigo, do cidadão civil nas suas relações privadas frente aos profissionais, os empresários, as empresas, os fornecedores de produtos e serviços, que nesta posição são experts, parceiros considerados “fortes” ou em posição de poder.⁷

³ BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. **Breves considerações sobre o código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11906&revista_caderno=10>. Acesso em: 23 set. 2014.

⁴ Id. Ibid.

⁵ Id. Ibid.

⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 30.

⁷ BENJAMIN, Antonio. op. cit., p. 30

No Brasil, as primeiras manifestações sobre a proteção dos consumidores tiveram início na década de 1930, com movimentos populares que questionavam a falta de produtos no mercado e as sucessivas altas de preços. Até então, não havia nenhuma lei ou órgão destinado exclusivamente, à proteção dos consumidores, embora desde o século XIX a legislação brasileira já apresentasse dispositivos que acenavam para o que atualmente se denomina proteção e defesa dos consumidores⁸.

A partir da segunda metade do século XX, entidades, associações e órgãos governamentais começaram a se consolidar e, com eles, algumas normas e regras foram sendo implementadas. O movimento em defesa do consumidor começou a ganhar força em 1976, com a criação, no estado de São Paulo, do primeiro órgão público destinado a consumidor, o conhecido Grupo Executivo de Proteção ao Consumidor (PROCON)⁹.

Na década de 1980, diversas entidades civis começaram a surgir e foram fundamentais para a ampliação do movimento em favor dos interesses dos consumidores. Entre essas entidades o Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC) que atua até hoje divulgando informações e promovendo a conscientização sobre os direitos dos consumidores.

Em 1988, a Constituição estabeleceu que a defesa do consumidor é um direito e uma garantia fundamental do cidadão brasileiro.

Entretanto, foi com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que os interesses dos consumidores passaram a ser efetivamente protegidos nas relações de consumo. Desde então, o consumidor vem adotando uma postura mais exigente, cobrando seus direitos e informando-se de suas garantias.

2.2 A Constituição de 1988 e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a Constituição Cidadã, consagrou a proteção do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica, no art. 5º, XXXII, e 170, V da Constituição de 1988¹⁰, *in verbis*:

⁸DIREITOS DOS CONSUMIDORES. São Paulo: Melhoramentos, 2011.p. 5

⁹ Idem p. 6

¹⁰BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2014

Art. 5º [...]

XXXII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado

Art. 170 [...]

V - defesa do consumidor.

Quanto a previsão expressa da competência legislativa da União para legislar sobre responsabilidade por danos causados o art 24, VIII da CF¹¹ dispõe:

Art. 24 [...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico

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. Para Claudia Lima Marques *apud* Miragem¹² “não há, portanto, uma determinação constitucional do consumo, mas do consumidor”.

Os direitos fundamentais, no sentido observado pela moderna doutrina constitucional constituem a base axiológica e lógica sobre a qual se assenta o ordenamento jurídico.

Com relação ao direito do consumidor, tomando por base a doutrina dos direitos fundamentais identifica-se como direito de proteção, pelos quais o titular do direito exerce o frente ao Estado para este proteja da intervenção de terceiros. Neste sentido o direito do consumidor se compõe, antes de tudo, em direito a 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.

Esta proteção conferida ao consumidor corresponde, ao mesmo tempo, a um dever do Estado de promover este direito. E a forma determinada na Constituição para a realização do dever se dá por intermédio da atividade do legislador ordinário. A Constituição desde modo, assinala o dever do estado de

¹¹BRASIL. **Constituição Federal 1988**. op. cit.

¹² MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 37

promover a proteção, indicando a decisão de como realiza-la ao legislador ordinário.¹³

A Constituição Federal de 1988 serve, de centro valorativo, centro sistemático-institucional e normativo também do direito privado, um novo direito privado brasileiro, um direito privado coerente, com manutenção do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

O direito do consumidor trata-se de um direito privado, resultado da influência dos direitos civis e dos direitos sociais e econômicos; um direito privado ciente de sua função social, guiado pelos valores e pela ordem constitucional. Garantido e moldado pela ordem pública constitucional, limitando e construído pela eficácia dos direitos fundamentais.

¹³ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 40

3ASPECTOS GERAIS DO DIREITO CONSUMERISTA

3.1 Princípios Gerais do Direito do Consumidor

Os princípios gerais do direito do consumidor que se perfilham a partir do Código de Defesa do Consumidor, sucedem sobre as relações jurídicas de consumo, visando à adequada interpretação e aplicação das regras que a regulamentam.

3.1.1 Princípio da Vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade é o princípio básico que baseia a essência e aplicação do direito do consumidor.

O art. 4º, I do Código do Direito do Consumidor¹⁴ estabelece entre os princípios informadores da Política Nacional das Relações de Consumo, *in verbis*:

Art. 4º [...]

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

A essência 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.

O princípio da vulnerabilidade dá aplicação plena e efetiva do princípio da igualdade material quando, com seu reconhecimento, facilita de toda forma tanto a prevenção de ser o consumidor lesado em seus direitos, quanto sua defesa, seja em órgãos administrativos ou jurisdicionais.¹⁵

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 vulnerabilidade é possível restringir a aplicação da legislação protetiva apenas aos destinatários finais da relação de consumo, critério para a definição de consumidor do art. 2º do CDC¹⁶, *in verbis*:

¹⁴BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁵PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE. Disponível em: <<http://www.consulluz.com.br/principios-constitucionais-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 01 out. 2014.

¹⁶BRASIL. **Código de defesa do consumidor**, op. cit.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Contudo, é também possível, com base no princípio da vulnerabilidade, ampliar 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 art. 29 do CDC¹⁷:

Art. 29 - Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Esta disposição vem permitindo uma interpretação ampliativa do âmbito de aplicação do CDC.

O reconhecimento de presunção absoluta da vulnerabilidade a todos consumidores não significa, entretanto, que os mesmos serão igualmente vulneráveis perante o fornecedor.

A vulnerabilidade técnica do consumidor se dá em face da hipótese na qual o consumidor não possui conhecimentos específicos 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.

A vulnerabilidade jurídica 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. A vulnerabilidade jurídica é presumida com relação ao consumidor não especialista, pessoa natural, não profissional, a quem não se pode exigir posse específica destes conhecimentos¹⁸.

A vulnerabilidade fática é espécie ampla, que abrange, genericamente, diversas situações concretas de reconhecimento da debilidade do consumidor. Sendo a mais comum a vulnerabilidade econômica do consumidor em relação ao fornecedor. A vulnerabilidade fática também abrange situações específicas relativas

¹⁷MIRAGEM, Bruno. op. cit. p. 67-68.

¹⁸ Id. Ibid

a alguns consumidores. Desta forma é vulnerável faticamente, ou duplamente vulnerável, o consumidor-criança ou o consumidor-idoso, os quais podem ser, em razão de suas qualidades específicas mais suscetíveis aos apelos dos fornecedores¹⁹.

Portanto 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.

3.1.2 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 Federal de 1988, no artigo 1º, IV²⁰, onde estabelece:

Art. 1º [...]
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

Da mesma forma o art. 170 da CF²¹ estabelece que:

Art. 170 - 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.

Para Ferreira da Silva, citado em Miragem²², “o princípio da solidariedade, de fundamento constitucional estabelece uma autêntica orientação solidarista do direito”. Impõe a necessidade de se observar os reflexos da atuação individual perante a sociedade.

No direito do consumidor o princípio da solidariedade 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.

¹⁹MIRAGEM, Bruno. op,cit., p. 67-68

²⁰BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, op. cit.

²¹Id. Ibid.

²² MIRAGEM Bruno, op. cit., p. 73

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 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-se a regra da culpa para imputação da responsabilidade.²³

O princípio da solidariedade, 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 terceiros²⁴.

3.1.3 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé constitui-se em um dos princípios basilares do direito do consumidor.

No CDC a boa-fé está prevista expressamente nos art. 4º, III, e no art. 51, inc. IV, *in verbis*:

Art. 4º [...]

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

Art. 51 [...]

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

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 à boa-fé objetiva, na qual está relacionada com a consciência do indivíduo, com o conhecimento que ele possui sobre a formação de determinada relação jurídica. Isto porque a boa-fé

²³MIRAGEM, BRUNO. op. cit., p. 73

²⁴ Id. Ibid.

subjetiva não se trata de princípio jurídico, mas tão somente de um estado psicológico que se reconhece à pessoa e que constitui requisito presente à pessoa e que constitui requisito presente no suporte fático presente em certas normas jurídicas, para produção de efeitos jurídicos.²⁵ A boa-fé subjetiva, neste sentido, diz respeito, à ausência de conhecimento a falta da intenção de prejudicar outrem.

A boa-fé objetiva, não institui uma altivez proveniente de um estado de consciência de um sujeito em particular. Ela é uma cláusula de conduta que exige das partes e de todos um comportamento honesto, leal. Como fala Heloisa Carpena²⁶:

Trata-se de norma de comportamento, cujas exigências éticas submetem a autonomia da vontade, criando deveres positivos e negativos, os chamados deveres acessórios. A boa-fé objetiva, estabelecendo os deveres de comportamento que as partes devem seguir nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, será então considerada como cláusula geral que embora não se encontre expressa no Código Civil, está incorporada ao direito brasileiro como um todo.

Ainda de acordo com Heloisa Carpena²⁷, “a doutrina não é pacífica quanto à presença da boa-fé objetiva no Código Civil, mas isso não faz com que a boa-fé deixe de ser um princípio aplicável a todo o ordenamento jurídico.”

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.

O citado princípio 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

²⁵ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 75

²⁶ CARPENA, Heloisa. **A teoria do abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: renovar, 2001. p. 85-86

²⁷ Id. Ibid. p. 86

trate, modos específicos sobre como devem ser cumpridas as exigências do princípio da boa-fé²⁸.

No que se refere aos deveres de proteção e cuidado com a 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.

Percebe-se assim, a eficácia do princípio da boa-fé objetiva em diversas situações do CDC expressamente limita o exercício da liberdade negocial e o exercício de direitos pelas partes de uma relação de consumo.

No direito do consumidor, o efeito típico do princípio da boa-fé no 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 com a proibição da publicidade abusiva. Como dispõe o art. 37, §2^o²⁹ do CDC:

Art. 37 [...]

§ 2º 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Das práticas abusivas dispõe o art. 39³⁰ do CDC:

Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - 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;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

²⁸ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 77

²⁹ BRASIL. Código de defesa do consumidor, op. cit.

³⁰ Id. Ibid.

- VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;
- VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);
- 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
- X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.
- XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999
- XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (
- XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)
- Parágrafo único. 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.

Nestes casos, porém, 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. O caráter abusivo e a contrariedade à boa-fé resultam do fato do fornecedor ter se aproveitado da sua posição de força perante o consumidor para impor-lhe condições desfavoráveis e, neste sentido, violar os deveres de consideração impostos pelo princípio³¹.

3.1.4 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. O mesmo parte do pressuposto da vulnerabilidade do consumidor, 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 consumo³².

Ao mesmo tempo é designado princípio da equidade, e faz parte, assim como o princípio da boa-fé, nos artigos 4º, III e 51, IV do CDC.

³¹MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 78

³² MIRAGEM, Bruno, op. cit. p. 79

A relação de consumo proporciona um intenso desequilíbrio, haja vista que o poder, técnico, econômico e jurídico, do fornecedor é aparentemente superior ao do consumidor, que muitas vezes sequer sabe identificar sem direitos e reivindicá-los³³.

Desta forma, o CDC afirma que tais relações negociais necessitam ser estabelecidas no equilíbrio entre as partes, ou seja deve haver analogias entre direitos e deveres dos contratantes.

Ressalta-se que o citado princípio guarda estreita relação com a vedação das cláusulas abusivas nos contratos de consumo. É em razão de tal princípio, também, disposto no rol do art. 51, que as cláusulas abusivas devem ser extirpadas do contrato em que constarem. Portanto, não se privilegia tão somente a livre manifestação de vontade das partes. É necessário que tal vontade não viole regras instituídas pelo CDC, ou seja, para a validade do vínculo contratual de consumo é fundamental que o mesmo não lese legítimos interesses e expectativas dos consumidores³⁴.

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, de modo a aproximar-se de uma concepção vinculada a proteção do interesse útil do contrato.

No artigo 6º, V, do CDC³⁵ estabelece o direito básico do consumidor, *in verbis*:

Art. 6º [...]

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabelecem prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Neste caso, o CDC supera a tradicional visão do direito civil que autoriza a revisão dos contratos apenas na hipótese da imprevisão. Consagra, neste sentido, ampla possibilidade de revisão contratual quando esteja comprometido o equilíbrio

³³TOLEDO, Antônio Eufrazio. **Os princípios gerais do Código de direito do consumidor e as cláusulas abusivas nos contratos de consumo.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/309/299>>. Acesso em 02 out. 2014.

³⁴Id. Ibid.

³⁵BRASIL. **Código de Defesa Do Consumidor**, op. cit.

econômico do contrato, esteja o desequilíbrio presente no momento da celebração do contrato em momento posterior.

O princípio do equilíbrio em direito do consumidor 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.

3.2 Elementos da Relação de Consumo

Toda relação jurídica existe entre sujeitos; ocorrerá normalmente sobre um objeto; promana de um fato jurídico; e a sua concretização pode fazer-se mediante recurso e providências coercitivas, adequadas a proporcionarem a satisfação correspondente ao sujeito ativo da relação.

O Código de defesa do consumidor atribui à relação de consumo através da identificação dos quatro elementos estruturais da relação jurídica. Como sujeitos ativo e passivo a lei identifica respectivamente o consumidor e o fornecedor. Como objeto sobre o qual recai tanto a exigência do credor como a obrigação de devedor, o produto ou serviço³⁶.

3.2.1 Conceito de Relação de Consumo

É imperioso constituir o significado de relação de consumo para se identificar as relações jurídicas sujeitas ao regime do Código de Defesa do Consumidor. A lei consumerista não traz o conceito de relação de consumo, ao contrário do que faz com o consumidor e o fornecedor³⁷.

O consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano. Todo ser humano é um consumidor, independente da classe social e da faixa de renda, consome-se desde o nascimento e em todos os períodos da existência humana, por motivos variados, que vão desde a necessidade de sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo por consumo.

³⁶BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. **Proteção Contratual do consumidor brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ufrg.br/ppgd/doutrina/barcell1.htm>>. Acesso em: 30 out. 2014.

³⁷TOLEDO, Eufrasio. op. cit.

As relações de consumo são bilaterais, pressupondo numa ponta o fornecedor, que pode tomar a forma de fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e, na outra ponta, o consumidor, aquele subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços, no atendimento de suas necessidades de consumo³⁸.

Ao mesmo tempo, as relações de consumo são dinâmicas, uma vez que, contingenciadas pela própria existência humana, nascem, crescem e evoluem, representado, com precisão, o momento histórico em que estão situadas.

Barbosa Júnior,³⁹ conceitua relação de consumo como:

É a relação existente entre o consumidor e o fornecedor na compra e venda de um produto ou prestação/utilização de um serviço. É o vínculo jurídico dotado de características próprias sobre o qual incide o microsistema denominado Código de Defesa do Consumidor, o Código regula a relação de consumo e não apenas o contrato de consumo, desde o ilícito do consumo até o ato do consumo.

Ainda no pensamento de Barbosa Júnior⁴⁰, relação jurídica é:

É um vínculo que une duas ou mais pessoas caracterizando-se uma como sujeito ativo e outra como passivo da relação. Este vínculo decorre da lei ou do contrato e, em consequência, o primeiro pode exigir do segundo o cumprimento de uma prestação do tipo dar, fazer ou não fazer.

Caracterizam relação de consumo, por exemplo: contratos bancários, financeiros, seguro, cartão de crédito, leasing ou arrendamento mercantil, fornecedor de serviços em geral inclusive os públicos.

As relações de consumo evoluíram muito nos últimos tempos, já que, das operações de simples troca de mercadorias e das incipientes operações mercantis chegou-se progressivamente às sofisticadas operações de compra e venda, arrendamento, leasing, importação etc., abarcando grandes volumes e milhões de dólares⁴¹.

³⁸ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 01

³⁹BARBOSA JÚNIOR, Antônio de Bulhões. **O que é relação de consumo?**. Disponível em: <<http://www.direitodoconsumidor.org/2011/09/o-que-e-relacao-de-consumo.html>>. Acesso em: 02 out. 2014.

⁴⁰BARBOSA JÚNIOR, Antônio, op. cit.

⁴¹ALMEIDA, João Batista, op. cit., p. 2

Com a evolução nas relações de consumo, elas deixam de ser pessoais e diretas e passam a ser operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série para um número cada vez maior de consumidores e os serviços se ampliaram em grande medida⁴².

Portanto, essa transformação nas relações de consumo culminou por difundir na tomada de consciência de que o consumidor estava desprotegido e necessitava de resposta legal protetiva, o Código de Defesa do Consumidor⁴³.

3.3 Sujeitos da Relação de Consumo

3.3.1 Consumidor

A Constituição Federal de 1988 determina ao Estado promover a defesa ao consumidor, entretanto não delibera quem seria esse sujeito de direitos. Conceituação esta, que encontra-se a partir do Código de Proteção e Defesa do Consumidor⁴⁴, que expressa em seu texto, o conceito de consumidor no artigo 2º, e completa essa conceituação nos artigos 17 e 29.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

O conceito expressado pelo art. 2º do CDC, admite explicar que os consumidores serão pessoas naturais ou jurídicas. Logo, tanto uma quanto outra poderá estar sob a égide das normas de proteção do CDC; como também será consumidor tanto quem adquirir, ou seja, contratar a aquisição de um produto ou serviço, quanto quem apenas utilize este produto ou serviço. Portanto conclui-se que

⁴²Id. Ibid.

⁴³Id Ibid

⁴⁴BRASIL. Código de defesa do consumidor, op. cit.

a relação de consumo pode resultar de um contrato, assim como pode se dar apenas em razão de uma relação meramente de fato (um contrato social).⁴⁵

Para Bourgognie *apud* Miragem⁴⁶ o critério que oferece maior desafio para a definição do consumidor é:

A interpretação da expressão destinatário final. Isto porque, vai se considerar o consumidor para efeito de justificar a proteção legal que recebe, como o leigo, o não profissional, especialista que por isso coloca-se em posição mais favorável, caracterizando a vulnerabilidade do consumidor.

Observa-se que no CDC o significado do consumidor não é uma definição meramente contratual, mas visa também proteger as vítimas dos atos ilícitos pré-contratuais, como a publicidade enganosa e das práticas comerciais abusivas, sejam ou não compradores, sejam ou não destinatários finais. Como também visa defender toda uma coletividade vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raças, de credo e de idade no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e serviços como destinatários finais. É uma definição para relações de consumo contratuais, extracontratuais, individuais ou coletivas.⁴⁷

3.3.1.1 Correntes de interpretação da definição jurídica de consumidor

Da análise dos conceitos de consumidor, ressalta-se os empates na doutrina e jurisprudência brasileira acerca de uma definição estrita ao conceito. 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 equiparação⁴⁸.

O elemento característico desta interpretação é o fato de não haver a finalidade da obtenção de lucro em razão do ato de consumo, nem de implemento a uma determinada atividade negocial, assim como a complexa exaustão da função econômica do bem, pela sua retirada do mercado.

⁴⁵ MIRAGEM Bruno, op. cit., p. 85

⁴⁶ Id. Ibid., p. 85

⁴⁷ BENJAMIM, Antônio, op. cit., p. 83

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 91

3.3.1.1.1 Corrente de interpretação finalista

A justificação da interpretação finalista parte da hipótese de que o CDC constitui uma lei especial de proteção do consumidor, logo sua aplicação deve ser estritamente vinculada a finalidade desta lei⁴⁹.

Portanto a interpretação finalista admitirá apenas, considerando a qualidade do destinatário final, fático e econômico exigido do consumidor sua natureza não profissional excluindo qualquer utilização de insumo da atividade econômica do adquirente ou usuário.

3.3.1.1.2 Corrente de interpretação maximalista

Os maximalistas viam nas normas do CDC, o novo regulamento do mercado de consumo não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedor, ora de consumidor.⁵⁰

De acordo com Miragem⁵¹, as causas do florescimento desta corrente de interpretação podem ser identificadas a partir de dois aspectos principais, tais como:

Primeiro, a notada deficiência do Código Civil de 1916 e demais normas de direito civil para regularem o tem 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.

A segunda causa de aplicação das normas do 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.

A interpretação maximalista, assim considera consumidor o destinatário fático do produto ou serviço, ainda que não o seja necessariamente seu destinatário econômico.

⁴⁹ Id. Ibid., p. 91

⁵⁰ BENJAMIM, Antonio, op. cit., p. 85

⁵¹MIRAGEM Bruno, op. cit., p. 93

3.3.2 Fornecedor

No curso conceitual, o art. 3º do CDC⁵² insere o conceito de fornecedor, ditando como:

Art. 3º - Toda pessoa física ou jurídica ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

A leitura do art. 3º do CDC já é capaz de estabelecer um panorama da extensão das pessoas enumeradas como fornecedoras. Na realidade são todas pessoas capazes físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade.

Não há exclusão alguma do tipo de pessoa jurídica, já que o CDC é genérico e busca atingir todo e qualquer modelo. São fornecedores as pessoas jurídicas públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras, com sede ou não no país, as sociedades anônimas, as por quotas de responsabilidade limitada, as sociedades civis, com ou sem fins lucrativos, as fundações, as sociedades de economia mista, as empresas públicas, as autarquias, os órgãos da administração direta⁵³.

Filomeno *apud* Cavalieri Filho⁵⁴, resume o conceito jurídico de fornecedor, assim considerados “todos quanto propiciem a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo, de maneira a tender as necessidades dos consumidores, sendo despidendo indagar-se a que título [...]”.

Permeiam o conceito de fornecedor, as ideias de atividades profissionais, habituais, com finalidades econômicas, o que leva a crer que o legislador quis se referir as atividades negociais, dentro de um perfil organizado e unificado, com vistas à satisfação de um fim econômico unitário e permanente.

3.4 Objeto: Produto e Serviço

⁵²BRASIL. Código de defesa do consumidor, op. cit.

⁵³ NUNES, Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 175

⁵⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 67

As relações de consumo, nada mais são do que relações jurídicas por excelência, pressupondo, por conseguinte, dois polos de interesse: o consumidor-fornecedor e a coisa, objeto desses interesses. No caso, mais precisamente, ditado pelo CDC, tal objeto consiste em produtos e serviços.

3.4.1 Produto

O CDC definiu produto no § 1º do art. 3º, onde dispõe:

Art. 3º [...]

§ 1º - Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial

Alguns juristas, defende que deveria o legislador do CDC ter empregado o termo "bens", por ser mais abrangente e indicar mais adequadamente os verdadeiros objetos de interesse das relações de consumo.⁵⁵

Jorge Torre de Mello apud Grinover⁵⁶, procura demonstrar que:

Embora se tenha mudado a acepção do termo "bem" sobretudo para efeitos de marketing, prevalece ainda na atualidade a conceituação tradicional atrás aduzida, ou seja, no sentido de demonstrar-se ser "bem" muito mais abrangente e genérico do que produto.

Valendo-se das lições de Philip Kotler *apud* Filomeno⁵⁷, pondera que:

A primeira classificação bens duráveis, bens não duráveis e serviços que se aplica igualmente tanto a bens de consumo, como a bens industriais, distingue-se em três categorias de bens, com base na taxa de consumo, e na tangibilidade deles bens duráveis que são bens tangíveis que normalmente sobrevivem a muitos usos; bens não duráveis que são bens tangíveis que normalmente são consumidos em um ou em alguns poucos usos; serviços são atividades, benefícios ou satisfações que são oferecidos à venda

Na versão original da Comissão Especial do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, bem como no texto final em todos os

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto [et.al.]. **Código brasileiro de defesa do consumidor**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 51. v. 1.

⁵⁶ Id. Ibid

⁵⁷FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 41

momentos se fala de “bens”, termo tal que de resto é inequívoco e genérico, exatamente no sentido de apontar para o aplicador do CDC os reais objetos de interesses nas relações de consumo⁵⁸.

Assim, para efeitos práticos, para fins do CDC, produto (entenda-se “bens”), é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinada a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.

E com efeito, o Código Civil de 2002, manteve a tradicional nomenclatura, prevendo os bens em seu artigos. 79 a 103.

3.4.2 Serviço

O mercado de consumo não se restringe ao fornecimento de produtos. A expansão do setor terciário na economia contemporânea é fenômeno ineludível, mormente diante da constante evolução tecnológica e das crescentes e contínuas robotização e informação do processo produtivo. A mão de obra humana cada vez mais, vai sendo substituída por máquinas, e, assim, migrando para o setor de serviços e para a chamada economia informal⁵⁹.

O art. 3º, § 2º do CDC⁶⁰ define serviço como:

Art. 3º [...]

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

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. Desta forma, 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, realização de políticas públicas, ou ainda a margem do mercado de consumo ou sem profissionalidade, faz com que esta definição adquira grande importância.

Igualmente, adverte a definição legal que o serviço objeto da relação de consumo é apenas aquele prestado mediante remuneração.

⁵⁸ GRINOVER, Ada. op. cit., p. 52

⁵⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 70

⁶⁰ BRASIL. Código de defesa do consumidor, op. cit.

A supressão promulgada das relações trabalhistas do conceito de serviço previsto no CDC, obedece a lógica de regular uma nova relação jurídica emergente da realidade econômica atual, substancialmente distinta da relação de trabalho. Por outro lado, a exclusão das relações trabalhistas pelo CDC justifica-se, do ponto de vista formal, pela existência de uma legislação especial, e de mesmo status constitucional para os trabalhadores, bem como de uma justiça especializada para conhecer e julgar os conflitos daí emergentes⁶¹.

O mencionado dispositivo fala ainda, em serviços de natureza bancária, financeira de crédito, como relação de consumo, serviços esses que geram opiniões diferentes por muitos juristas não considerar a atividade bancária como relação de consumo.

Finalmente, ressalta-se que todos os produtos são vendidos acompanhados de uma prestação de serviço.

Observa-se que o CDC é um diploma legal contemporâneo no ordenamento nacional, pretexto pelo qual as situações de sua incidência ainda são objeto de discussão na doutrina e jurisprudência. Por caracterizar-se como uma lei principiológica, suas normas deverão ser aplicadas sempre que se puder identificar uma relação entre consumidor e fornecedor. Daí a importância de esclarecer o que se entende por cada um desses sujeitos de direito, já que sua definição será determinante para a incidência do código consumerista⁶².

Constatou-se, ademais, que o legislador optou por conceituar o objeto do contrato de consumo de modo não restritivo a fim de impedir que fosse descaracterizado como tal, definindo produto e serviço de maneira bastante abrangente.

⁶¹ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 106

⁶²MATSUMOTO, Caio César. **A abusividade da equiparação de preços em vendas parceladas e à vista nas relações de consumo.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/tcc_-_caio_cesar_matsumoto.pdf>. Acesso em 24 set. 2014.

4 EFEITOS DAS GARANTIAS PRÉ CONTRATUAL NA RELAÇÃO DE CONSUMO

De instrumento de circulação de riqueza, o contrato passa a ser instrumento de realização da existência digna. A constitucionalidade do direito privado desloca o foco de atenção do intérprete, do patrimônio circulante para a pessoa do contratante, bem como para a razão de ser troca. O Código de Defesa do Consumidor ratifica essa realidade constitucional.

O Próprio conceito de contrato se aperfeiçoa a esta realidade, nesse sentido Paulo Nalin *apud* Carlyle Popp⁶³ propõe:

[...] contrato interprivado é a relação jurídica subjetiva nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais não só entre os titulares subjetivos da relação como também perante terceiros.

Observa-se que todo sistema se transformou para atender de maneira eficaz, e não simplesmente retórica, as necessidades humanas.

A visão mais humanizada do contrato, em perfeita sintonia com os valores compostos pela Constituição Federal e recebidos ou configurados pela legislação infraconstitucional, surge como a confirmação da liberdade de todos e de cada um dos indivíduos na sociedade. Estes passam a contar com o reconhecimento do direito para o fato de que as diferenças são de natureza humana e exigem tratamento distinto, ainda que equivalente⁶⁴.

A nova concepção de contrato enquanto instrumento de realização da existência humana permite que se percebe, mesmo nos contratos sociais, tidos estes por aqueles que estatuem os deveres dos sócios numa sociedade civil ou empresarial, a essencialidade da atividade econômica para o indivíduo, bem como para a sociedade moderna e complexa dos dias atuais.

Por função social do contrato entende-se que o contrato, por servir à realização do projeto existencial humano por meio do reconhecimento da força jurídica da manifestação de vontade oriunda, esta, da autonomia privada, para fazer circular a riqueza individual, impõe aos contratantes a consciência da essencialidade do contrato para o outro bem como da importância que o contrato revela no contexto

⁶³ POPP, Carlyle: SETTI, Maria Estela Gomes. O Código de Defesa do Consumidor e a proteção contratual. IN: **Revista de direito do consumidor**. Ano 20, v. 70, jul./set 2011. p. 247.

⁶⁴ Idem

econômico social. Desta forma, a função social do contrato opera seus efeitos tanto interna e reciprocamente desde que sem descuidar dos interesses do outro contratante nem tampouco dos interesses de terceiros⁶⁵.

O regime dos contratos de consumo, portanto, visa proteger o contratante vulnerável, o consumidor, proteção essa que começa na fase pré contratual e se estende até a fase pós contratual.

4.1 As Fases Contratuais

4.1.1 Fase Pré-Contratual

O contrato desde o seu início até a sua extinção, desencadeia uma relação jurídica que pode ser comparada a um processo. Não um processo num sentido judicial, mas no sentido administrativo porque engloba necessariamente uma série de atos que se encadeiam num sentido lógico e caminham para um determinado fim.

Com essa visão contemporânea de contrato como processo, identifica-se nele uma primeira fase que tem sido chamada de pré-contratual, em que as partes iniciam os contatos. Embora, nessa fase ainda não tenha ocorrido o encontro de vontades, essas tratativas podem gerar certa vinculação, mormente quando despertam confiança, legítima expectativa, em uma das partes, levando-a a fazer despesas com orçamento, prospectos, estudos, projetos etc.⁶⁶

É relação jurídica próxima da contratual, ainda não contratual, mas contratual, que pode criar direitos e obrigações entre as partes envolvendo responsabilidade de ambas.

O artigo 422 do Código Civil⁶⁷ retrata sobre essa responsabilidade pré-contratual, in verbis:

Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Percebe-se que o princípio da boa-fé é o elemento central no que disse o legislador no artigo descrito acima. Entretanto há uma discursão na doutrina é se

⁶⁵ POPP, Carlyle. op. cit., p. 248

⁶⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 120

⁶⁷BRASIL. **Código civil 2002**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 out. 2014.

esta responsabilidade é contratual ou extra contratual, pois no que diz a respeito da fase pré-contratual há apenas uma conversa, negociações preliminares que não envolve necessariamente já as obrigações contratuais é o que a corrente majoritária dessa divergência tem no seu entendimento que essa fase gera apenas o dever de não prejudicar outrem⁶⁸.

No entanto, Antônio Junqueira de Azevedo apud Caroline Soares⁶⁹ defende que: “a responsabilidade civil pré-contratual, embora provenha de um ato ilícito, resulta da quebra de um dever específico de boa-fé, motivo pelo qual a responsabilidade seria contratual e não extracontratual.”

A proteção contratual do consumidor começa nessa fase pré-contratual, razão pela qual exigem-se das partes postura leal, enfim, afinada com o princípio da boa-fé objetiva, pedra angular de todo o sistema contratual consumerista. O rompimento leviano e desleal das tratativas pode ensejar obrigação de indenizar, não por inadimplemento, posto que ainda não há contrato, mas pela quebra da confiança, pelo descumprimento dos deveres de lealdade, de transparência, de informação, de cooperação, que regem todos os atos negociais, mesmo os decorrentes de contato social⁷⁰.

4.1.2A publicidade

Dentre os diferentes fenômenos da sociedade atual, designada sociedade da informação ou sociedade de consumo, o alargamento da atividade publicitária é um dos que maiores resultados trouxe para o aparecimento e desenvolvimento do mercado de consumo, assim como para a caracterização das transformações econômicas mais substantivas do último século⁷¹.

Na fase pré-contratual a publicidade ocupa um papel especial. Adalberto Pasqualotto⁷² define publicidade como:

⁶⁸SILVA, Caroline Soares; Silva, Daniele das Graças Souza e [et.al.]. **A responsabilização da publicidade enganosa na fase pré-contratual.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-responsabilizacao-da-publicidade-enganosa-na-fase-pre-contratual/125278/>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁶⁹ Id. Ibid.

⁷⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 120

⁷¹MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 167

⁷²PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 25.

Toda a comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos e serviços, com ou sem finalidade lucrativa.

A publicidade é também uma das consequências da sociedade industrializada e massificada. Na época em que a produção era artesanal a comunicação entre o fornecedor e o comprador era feita pessoalmente. A partir da Revolução Industrial, entretanto, tornou-se necessário um sistema de comunicação de massa, aí tendo origem o fenômeno da publicidade na atual sociedade de consumo, em todos os países do mundo⁷³.

O objetivo da publicidade é informar o consumidor sobre os produtos e serviços disponíveis no mercado para despertar o seu interesse e levá-lo a adquiri-los. Desta forma, confere à publicidade uma poderosa ação sobre o consumidor, capaz de criar-lhe necessidades, mexer com seu inconsciente, modificar padrões de consumo, inserindo o produto anunciado entre as novas necessidades.

Se o principal objetivo da publicidade é estimular a aproximação ente o consumidor e os produtos e serviços oferecidos, então a atividade por ela desenvolvida se enquadra com perfeição na fase pré-contratual, diretamente relacionada com a nova noção de oferta trazida pelo CDC.

Nesse sentido Fábio Konder Comparato apud Cavalieri Filho⁷⁴ fala:

A preocupação de defesa do consumidor conduziu, igualmente, a um alargamento da noção de compra e venda privada, no quadro mais realista de uma economia de empresa. Passou-se, assim, a entender que os processos de publicidade comercial, pela sua importância decisiva no escoamento da produção por um consumo em massa, integram o próprio mecanismo do contrato e devem, por conseguinte, merecer uma disciplina, de ordem pública análoga às estimulações contratuais.

Ressalta-se a importância da publicidade na sociedade de consumo, mas, em face da poderosa ação que exerce sobre o consumidor, não se pode permitir que ela seja utilizada sem qualquer controle, de modo a induzir o consumidor a erro.

Os artigos 36-38 do CDC são destinados a proteger o consumidor da publicidade enganosa ou abusiva na fase pré-contratual. Não proíbe a publicidade, pois é indispensável na sociedade de consumo, mas torna-a fonte de obrigações, impondo deveres ao fornecedor que dela se utilizar.

⁷³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 151.

⁷⁴ Id. Ibid.

4.1.3 Publicidade enganosa

A definição de publicidade enganosa, prevista no art. 37, § 1º do CDC, dispõe:

Art, 37 – [...]

§ 1º 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 Cláudia Lima apud Miragem⁷⁵ que:

A caracterização como publicidade ilícita, ou seja ato ilícito civil poderia fazer surgir discussão sobre a necessidade de 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. Neste sentido, exonera-se da responsabilidade apenas se conseguir demonstrar, nesta hipótese, que o caráter enganoso da publicidade decorre de caso fortuito.

Em sentido contrário Fábio Ulhoa apud Miragem⁷⁶ 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”.

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.

Para efeitos do CDC a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. Todavia, há de se considerar que, em termos de linguagem, e das técnicas adotada pela publicidade, a determinação do que seja verdadeiro ou falso e 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

⁷⁵ MIRAGEM, Bruno. op. cit., p. 178

⁷⁶Id, Ibid

publicitário, poderá ser apreendido de modo diverso pelo público consumidor, daí porque o legislador tenha feito referência à finalidade de induzir em erro, como elemento determinante para definição da publicidade enganosa.

Há dois tipos de publicidade enganosa: a comissiva e a omissiva.

Na publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo que não corresponde à realidade do produto ou serviço, algo que não existe, capaz de induzir o consumidor em erro.

Na publicidade enganosa omissão, o anúncio deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer o que é. Só a ausência de dados essenciais é reprimida. De tal modo, nos termos da lei, só as aquelas informações essenciais são obrigatórias⁷⁷.

O Código de defesa do consumidor nutre pela publicidade enganosa por omissão a mesma antipatia que manifesta pela publicidade enganosa comissiva. A enganabilidade por omissão consiste na preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição dos fatos materiais ou na informação inadequada⁷⁸. A enganabilidade por omissão varia conforme o caso, já que não se exige que o anúncio informe o consumidor sobre todas as qualidades e características do produto ou serviço. O fundamental é que a parcela omitida tenha o condão de influenciar a decisão do consumidor.

4.1.4 Publicidade abusiva

O art. 37 § 2º do CDC⁷⁹ define publicidade abusiva, *in verbis*:

Art. 37 [...]

§ 2º 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.

O artigo acima elenca em lista exemplificativa, algumas modalidades de publicidade abusiva. Em todas elas observa-se ofensa a valores da sociedade: o

⁷⁷ BENJAMIM, Antônio. op. cit., p. 242

⁷⁸ Id. Ibid. p. 243

⁷⁹ BRASIL. Código de defesa do consumidor, op. cit.

respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação, à segurança à sensibilidade do consumidor.

Para Antônio Benjamim⁸⁰, “o conceito de publicidade abusiva, mais recente que o da publicidade enganosa, deixa, gradativamente, o terreno da concorrência desleal para inserir-se na área do direito do consumidor.”

O direito, ainda não descobriu um critério infalível para a identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, em formação. Por um critério residual, em matéria publicitária patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das leis, não seja enganoso⁸¹.

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 pessoas ou grupos, a sanção de contrapropaganda prevista no artigos 56, XII, e 60 do CDC⁸² revelam-se altamente eficazes, onde dispõe:

Art. 56 [...]

XII –Imposição de contrapropaganda

Art. 60 – A imposição da propaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator.

A contrapropaganda será aplicada pelos órgãos públicos competentes de defesa do consumidor, mediante procedimento administrativo, assegurada ampla defesa, de inteira aplicação na espécie sujeita.

Esses órgãos públicos de defesa do consumidor podem ser instituídos em qualquer nível de governo, pois, nos termos do § 1º do art. 55 do CDC, compete concorrentemente aos três entes políticos editar normas relativas à fiscalização e

⁸⁰ BENJAMIM, Antônio. op. cit., p. 245

⁸¹ Id. Ibid

⁸² BRASIL. Código de defesa do consumidor, op. cit.

controle da publicidade, à disposição daqueles entes administrativos, em nível federal, estadual ou municipal⁸³.

4.1.5 Oferta

Todo contrato, do mais simples ao mais complexo, tem início com a oferta de uma das partes e se consuma com a aceitação pela outra. Motivo pelo qual a oferta deve ser examinada na fase pré-contratual.

Na sua significação tradicional, Antônio Benjamim⁸⁴ define oferta como: “é uma proposta de celebração de um contrato que uma pessoa faz a outra”.

Silvio Rodrigues⁸⁵ define oferta como:

A proposta é a oferta dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com eles concordar. Constitui ato jurídico unilateral, por intermédio do qual o polícitante (aquele que faz a proposta) convida o oblato (aquele que recebe a proposta) a contratar, apresentando desde logo os termos em que se dispõe a fazê-lo.

No direito tradicional, depreende-se a oferta nos arts 427 e 428 do Código civil, a proposta deve ser precisa, completa, trazendo as cláusulas essenciais do contrato, principalmente em relação à coisa e ao preço; dirigida a seu destinatário e firme, isto é, reveladora da inequívoca intenção de contratar.

A oferta, no mundo da proteção do consumidor, é fenômeno altamente regrado, até constitucionalmente. Além de estabelecer, como princípio, a força obrigatória da polícitação, daí advindo a sua irrevogabilidade durante o prazo fixado pelo anunciante ou outro razoável, a lei ainda impõe um dever genérico de informação, acompanhado de outros mais específicos.

O princípio da informação do qual a transparência é a sua principal consequência, perpassa, todos os institutos do CDC. Na oferta é onde ele atua com maior intensidade. A oferta é fundada na transparência, como dispõe o artigo 31 do CDC⁸⁶:

Art. 31 – A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa

⁸³ GRINOVER, Ada. op. cit., p. 672

⁸⁴ BENJAMIM, Antônio. op. cit., p. 133

⁸⁵ RODRIGUES, Silvío. Direito civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 61

⁸⁶BRASIL. **Código de defesa do consumidor**, op. cit.

sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores

Observa-se que o art. 31 impõe ao fornecedor o dever de informar completamente ao consumidor acerca da oferta, então a obrigação é que ela seja completa, de sorte que e eventual omissão de algum dado não transforma a oferta em mero convite a ofertar.

O aspecto mais relevante da oferta no CDC é que ela integra o contrato: obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato quer vier a ser celebrado, é o fenômeno da vinculação que dispõe no art. 30 do CDC.

O CDC, além do fenômeno da vinculação, dispõe no seu art. 35:

Art. 35 – Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, 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 da quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Estas alternativas poderão, quando objeto de demanda judicial pelo consumidor, serem reclamado as todas em conjunto, na forma de pedidos sucessivos a serem submetidos à apreciação judicial.

Portanto, para o princípio da vinculação uma vez feita a oferta, todos os elementos que a compõem, integram o contrato a ser celebrado mesmo que, quando de sua assinatura, o fornecedor omita alguns dos elementos que dele constavam.

4.1.6 Práticas abusivas

As práticas abusiva (lato sensu) é a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor⁸⁷

Para Gabriel A. Stiglitz apud Ada Grinover, práticas abusivas são: “condições irregulares de negociação nas relações de consumo,” condições estas

⁸⁷ GRINOVER, Ada, op. cit., p. 375

que ferem os alicerces da ordem jurídica, seja pelo prisma da boa-fé, seja pela ótica da ordem pública e dos bons costumes.⁸⁸

Não se confunde com as práticas de concorrência desleal, apesar de que estas, embora funcionando no plano horizontal do mercado (de fornecedor a fornecedor), não deixam de ter um reflexo indireto na proteção do consumidor. Mas práticas abusivas no CDC é apenas aquela que, de modo direto e no sentido vertical da relação de consumo (do fornecedor ao consumidor), afeta o bem-estar do consumidor.

As práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas, muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, carregam alta dose de imoralidade econômica e de opressão. Manifestam-se através de uma série de atividades, pré e pós contratuais, assim como propriamente contratuais, contra as quais o consumidor não tem defesas, ou, se as tem, não se sente habilitado ou incentivado a exercê-las⁸⁹.

O art. 39 do CDC⁹⁰ apresenta um rol de conduta de práticas abusivas, *in verbis*:

Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;

III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;

IV - 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;

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;

VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os

⁸⁸ Id. Ibid.

⁸⁹ Id. Ibid.

⁹⁰ BRASIL. **Código de defesa do consumidor**, op. cit.

casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)

Parágrafo único. 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.

A maioria das práticas abusivas elencadas no art. 39 atuam na fase pré-contratual, entre elas podemos citar: vendas casada (inc.I); recusa de atendimento à demanda do consumidor (inc. II); fornecimento de produto ou serviço não solicitado (inc. III); orçamento prévio (VI).

4.2 Fase Contratual

Na fase contratual a proteção do consumidor se faz ainda mais necessária que na fase pré-contratual isso porque nas relações de consumo a regra, quase absoluta, é a contratação padronizada, na qual não há margem para negociação.

A contratação padronizada tornou-se instrumento indispensável não só nas relações de consumo, domina todos os setores do mundo empresarial, com reflexos na atividade de empresas públicas e concessionárias de serviços públicos.

Esse método de contratação padronizada, homogênea e massificada é chamada de adesão, que, a par da inúmeras vantagens que oferece, em termos de racionalização, rapidez, praticidade, segurança e economia, proporciona a prática de abusos de toda a sorte, principalmente quando há desigualdade entre as partes. O consumidor adere ao contrato sem conhecer as suas cláusulas, confiando nas empresas que as pré-elaboraram, mas nem sempre essa confiança é correspondida.

4.2.1 Contrato de adesão

O CDC, no seu art. 54⁹¹ conceitua o contrato de adesão, onde dispõe:

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

A doutrina faz distinção entre os contratos de adesão e os contratos por adesão. Aqueles seriam forma de contratar na qual o aderente não pode rejeitar as cláusulas uniformes estabelecidas de antemão, o que se dá geralmente, com as estipulações unilaterais do Poder Público. Seriam contratos por adesão aqueles fundados em cláusulas também estabelecidas unilateralmente pelo estipulante, mas que não seriam irrecusáveis pelo aderente.

O CDC fundiu essas duas situações, estabelecendo um conceito único de contrato de adesão. Assim, tanto as estipulações unilaterais do Poder Público como as cláusulas redigidas prévia e unilateralmente por uma das partes estão incluídas no conceito legal do contrato de adesão⁹².

O contrato de adesão não encerra novo tipo contratual ou categoria autônoma de contrato, mas somente técnica de formação do contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria ou tipo contratual, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão do negócio, exigência das economias de escala.

Os contratos de adesão devem ser redigidos de forma clara e em caracteres legíveis, e sendo o caso de limitação de direitos não basta a clareza do texto, mas impõe-se a redação em destaque de modo que nada escape aos olhos e ao conhecimento do contratante/aderente.

4.2.2 O art. 46 do CDC

Um dos meios mais importantes de proteção contratual do consumidor é o art. 46 do CDC, que dispõe:

Art. 46 – Os contratos que regulam as relações de consumo 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 alcance.

⁹¹BRASIL. Código civil do consumidor. op. cit.

⁹² GRINOVER, Ada op. cit., p. 652

As relações jurídicas que se encontram sob o regime do CDC são denominadas relações jurídicas de consumo. A chave para identificação de uma relação jurídica como sendo de consumo é, portanto, o elemento teleológico: destinação final, ao consumidor, do produto ou serviço.

Quanto à técnica formal de contratação, os contratos abrangidos pela categoria negocial das relações de consumo são variada ordem, como os contratos de comum acordo, ditos também contratos individuais, bem como os contratos de adesão. Observa-se que qualquer contrato que estão presentes os elementos da relação jurídica de consumo pode ser considerado relação de consumo, seja ele típico ou atípico, como por exemplo, os contratos bancários, de cartões de crédito, de leasing, de planos de saúde e assistência médica, de seguros, compra e venda de produtos etc.⁹³

A ideologia básica de economia de mercado presume que os contratos são feitos por partes bem informados. Se esse requisito não é preenchido, não se pode falar em contratos justos e equilibrados. Destarte, as regras relativas à informação, destinadas a aumentar a habilidade das partes para fazerem boas escolhas, são inafastáveis para que os contratos de consumo tenham força vinculativa em relação ao consumidor⁹⁴.

Depreende-se da redação do art. 46 do CDC que o contrato não obrigará o consumidor, em primeiro lugar, se não for dada oportunidade de tomar conhecimento, em primeiro lugar, se não for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, este dispositivo é a projeção, sob o ponto de vista prático, do direito básico do consumidor à informação adequada sobre os produtos e serviços, em toda a sua extensão.

Para Rissato⁹⁵,

As cláusulas contratuais pura e simplesmente não têm validade, ou, ainda que o consumidor não tenha tomado conhecimento prévio, as cláusulas devem ser interpretadas de forma a descobrir se o consumidor não assinaria o contrato caso tivesse oportunidade de lê-lo previamente

⁹³ GRINOVER, Ada. op. cit., p. 555

⁹⁴CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 141

⁹⁵ NUNES, RIZZATO. op. cit., p. 545

Tudo vai depender do caso concreto, uma vez que o CDC adorou o princípio da conservação do contrato, e parece certo que o esforço deve ser no sentido de aproveitar a relação jurídica existente.

Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato, na visão de Grinover⁹⁶ não significa dizer que:

Para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa dizer, isto sim, fazer com que tome conhecimento efetivo do conteúdo do contrato,

Não satisfaz a regra do artigo sob análise a mera cognoscibilidade das bases do contrato, pois o sentido teleológico e finalista da norma indica dever o fornecedor dar efetivo conhecimento ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, principalmente sobre as cláusulas restritivas de direito do consumidor, que deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (Art. 54, § 4º do CDC).

É muito comum o consumidor tomar conhecimento de uma cláusula contratual que atua em seu desfavor apenas quando ocorre o fato que enseja a aplicação daquela cláusula.

O CDC exige que a redação das cláusulas contratuais seja feita de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor, para que a obrigação por ele assumida para com o fornecedor possa ser exigível.

O cuidado que se deve ter na redação das cláusulas contratuais, principalmente das cláusulas contratuais gerais que precedem futuro contrato de adesão, compreende a necessidade de desenvolver-se a redação na linguagem direta, cuja lógica facilita sobremodo sua compreensão, evitando assim, desenvolver a redação com termos linguísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outros idiomas.

Não basta o emprego de termos comuns, a não utilização de termos técnicos e palavras estrangeiras para que seja alcançado o objetivo da norma sob comentário, é necessário também que as cláusulas seja clara de fácil compreensão. Do contrato, não haverá exigibilidade do comando emergente dessa cláusula, desonerando-se da obrigação o consumidor.

⁹⁶GRINOVER, Ada. op. cit., p. 556

4.2.3 Interpretação dos contratos de adesão – art. 47 do CDC

Outra ferramenta eficiente de proteção contratual do consumidor é a interpretação que deve ser dada aos contratos de consumo.

O princípio maior da interpretação dos contratos de consumo, está insculpido no art. 47 do CDC, *in verbis*:

Art. 47 – As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.

O sistema de proteção dos consumidores sempre beneficia o agente mais fraco, hipossuficiente, mesmo que a cláusula tenha sido por ele redigida. Da mesma forma, a interpretação a favor do consumidor ocorrerá em qualquer caso de contraposição ou conflito de cláusulas escritas ou orais, não importando no sistema protetivo dos consumidores se a cláusula é ambígua ou clara, se a contradição é aparente ou culta com os impressos, com a publicidade ou com as cláusulas batidas a máquina⁹⁷.

Para Cláudia Lima apud Cavalieri Filho⁹⁸,

Outra linha mestra da interpretação dos contratos de adesão é a prevalência das cláusulas que foram objeto de negociação particular sobre aquelas impressas ou uniformes. Sendo assim, se alguma cláusula estiver escrita a máquina ou a mão, pressupõe que esta derive de discursão individual, de acordo de vontades sobre aquele ponto específico da relação contratual, devendo prevalecer e derrogar as outras cláusulas do formulário-padrão.

Nesse mesmo sentido, pondera Fábio Ulhoa citado por Cavalieri Filho⁹⁹,

E em todas as outras em que resultar evidente terem as partes chegado a negociação particular de uma cláusula em sentido diverso da condição geral do negócio inicialmente pretendido pelo predisponente, a interpretação deve respeitá-la. Trata-se, a rigor, de decorrência natural da primazia da intenção declarada sobre a literalidade do instrumento. As cláusulas acrescidas ao contrato de adesão, no mesmo documento ou em apartado, representam melhor o encontro de vontades alcançado naquele contrato do que as predispostas.

As relações de consumo são corroboradas pela boa-fé, princípio fundamental do CDC, de sorte que toda cláusula contratual deve ser interpretada à

⁹⁷ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 143

⁹⁸ Id. Ibid.

⁹⁹ Id. Ibid., p. 144.

luz desse princípio. Esta é a regra básica e geral de interpretação, não só de contratos de consumo, como também de todos os negócios jurídicos.

A boa-fé exerce valioso papel na interpretação dos negócios jurídicos em geral e, principalmente, nos contratos de consumo, nos quais se exigem das partes lealdade, transparência, cooperação etc. Na busca da exata compreensão das cláusulas do contrato, deve o intérprete perquirir se as partes pautaram a conduta de acordo com os deveres impostos pela boa-fé, repelindo qualquer manifestação em sentido contrário.

4.2.4 Direito de arrependimento do consumidor - Art. 49 do CDC

O art. 49 do CDC¹⁰⁰ é outro importante instrumento de proteção contratual do consumidor, *in verbis*:

Art. 49 – 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.

Parágrafo único – Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

O CDC consagra o direito de o consumidor arrepender-se e voltar atrás em declaração de vontade que haja manifestado celebrando relação jurídica de consumo. O direito de arrependimento existe *per se*, sem que seja necessária qualquer justificativa do porquê da atitude do consumidor. Basta que o contrato de consumo tenha saído concluído fora do estabelecimento comercial para que incida, plenamente, o direito de o consumidor arrepender-se.

O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço.

A finalidade da norma é de proteger o consumidor sempre que a compra se der fora do estabelecimento comercial, A referência a telefone ou a domicílio contida no seu final é meramente explicativa, porquanto o texto faz uso do advérbio especialmente. Estão, portanto, na abrangência da norma todos os sistemas de vendas externas, como em domicílio mediante a visita do vendedor; vendas por

¹⁰⁰ BRASIL. **Código de defesa do consumidor**, op. cit.

telemarketing ou por telefone; por correspondência, mala direta, ou carta-resposta. Correio; pela TV, internet ou qualquer outro meio eletrônico¹⁰¹.

A lei dá ao consumidor a faculdade de desistir daquelacompra de impulso, efetuada sob forte influência da publicidade sem que o produto esteja sendo visto de perto, concretamente, ou sem q que o serviço possa ser mais bem examinado. É um direito unilateral do consumidor de desfazer o contrato, um direito formativo extintivo, tal qual a resolução, a denúncia ou a revogação nos contratos paritários.

A manifestação da desistência, no prazo legal, pode ser feita por qualquer meio idôneo, mas o consumidor deve ter a cautela de poder prová-la, caso necessário. Pode desistir valendo-se dos mesmos meios que utilizou para a compra: correio, telefone, internet, telegrama, notificação cartorária etc.

Em suma, não se tem uma compra e venda a contento no direito de arrendimento, nem mero comodato, mas uma compra e venda perfeita e acabada, um contrato de eficácia imediata, apenas sujeito a um direito formativo extintivo, ou seja o direito unilateral do consumidor de desfazer o contrato no prazo de sete dias, tal qual uma cláusula resolutiva, uma condição resolutiva, com a diferença de que aqui ela está prevista na lei¹⁰².

4.2.5 Práticas abusivas na fase contratual

Na fase de formação do contrato, podem também ocorrer práticas abusivas como as previstas no inc. V do art. 39 do CDC¹⁰³, *in verbis*:

Art, 39 – [...]

V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva.

Esta regra, está contida na disposição do art. 51, IV, do CDC, só que lá a abusividade é identificada em contrato já existente, o que torna a cláusula contratual nula, enquanto no artigo citado a exigência de vantagem excessiva é feita no momento da formação do contrato, muitas vezes até como condição para sua celebração.

No §1º do art. 51, do CDC define a vantagem manifestamente excessiva, onde dispõe:

¹⁰¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 145.

¹⁰² CANAVIELI FILHO, op. cit., p. 147.

¹⁰³ BRASIL. **Código de defesa do consumidor**, op. cit.

Art. 51 – [...]

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

I – ofende 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 o 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.

O lucro é permitido e primordial numa economia capitalista, mas não pode transbordar para o abuso, para a exploração dos consumidores, sobretudo dos mais incautos. A principal finalidade da vedação dessa prática é assegurar o equilíbrio contratual, impedindo que o fornecedor, utilizando-se de sua condição de superioridade econômica, cause prejuízo ao consumidor¹⁰⁴.

O estabelecimento comercial não pode selecionar os seus clientes, nem proibir o acesso de quem procura os serviços que oferece. Ao abrir as suas portas ao público, o fornecedor assume a obrigação de atender indistintamente a clientela, salvo quando devidamente comprovada a intenção do cliente de causar dano.

Pode-se observar também a prática abusiva descrita no inc. XII do art. 39 do CDC, onde dispõe:

Art. 39 – [...]

XII – deixar de estimular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

Deixar de estipular prazo para o cumprimento de uma obrigação significa não se obrigar: obrigação que pode ser cumprida se e quando o devedor quiser, não é obrigação. Por isso é inadmissível a omissão contratual quando há falta de estipulação de prazo para o cumprimento da obrigação do fornecedor. A disposição legal afigura-se até inócua¹⁰⁵.

4.3 Responsabilidade civil

A palavra responsabilidade tem sua origem no verbo latino *respondere*, significando a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 151

¹⁰⁵ Id. Ibid.

jurídicas de sua atividade, contendo, ainda, a raiz latina de *spondeo*, fórmula através da qual se vincula, do Direito Romano, o devedor nos contratos verbais¹⁰⁶.

A definição que se faz da responsabilidade, portanto está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um dever jurídico sucessivo, em função da ocorrência de um fato jurídico *lato sensu*.

Conceitua Maria Helena Diniz¹⁰⁷:

A responsabilidade civil é aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado por terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal.

Definição esta que guarda, em sua estrutura, a ideia da culpa quando se cogita da existência de ilícito e a do risco, ou seja, da responsabilidade sem culpa.

Toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar. Para Venosa¹⁰⁸, “o termo responsabilidade é utilizado em qualquer situação na qual alguma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato, ou negócio danoso”. Sob essa noção, toda atividade humana, portanto, pode acarretar o dever de indenizar. Desse modo, o estudo da responsabilidade civil abrange todo o conjunto de princípios e normas que regem a obrigação de indenizar.

O estudo da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, sendo a reparação dos danos algo sucessivo à transgressão de uma obrigação, dever jurídico ou direito. Sob esse prisma, pode-se dividir um dever jurídico primário ou originário, cuja violação acarreta um dever jurídico sucessivo ou secundário, que o de indenizar o prejuízo¹⁰⁹.

4.3.1 Relação de consumo e responsabilidade civil

¹⁰⁶GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 9-10. V. 3.

¹⁰⁷DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 40. V. 7.

¹⁰⁸VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1. V. 4

¹⁰⁹Id. Ibid.

Antes do advento do Código de defesa do consumidor, a responsabilidade civil do fabricante era regida pelo art. 186 do Código Civil¹¹⁰, onde dispõe:

Art. 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Impunha-se ao consumidor o ônus de provar a culpa subjetiva do demandado. Como também, o comprador de produtos ficava sujeito ao exíguo prazo dos vícios redibitórios, de 15 dias a contar da tradição para as coisas móveis.

A responsabilidade civil passou por uma grande evolução ao longo do século XX. Talvez tenha sido a área do direito que sofreu os maiores impactos decorrentes das profundas transformações sociais, políticas e econômicas verificadas no curso do séc. passado. Essas transformações ensejaram, por sua vez, uma grande proliferação de normas legislativas, não só no plano da lei ordinária, mas até em nível constitucional, a que dificulta a atuação do operador do direito no trato com essa matéria.

A responsabilidade civil na relação de consumo faz parte dessa longa evolução da responsabilidade civil. O Código do consumidor concebeu um novo sistema de responsabilidade civil para as relações de consumo, com fundamentos e princípios novos, porquanto a responsabilidade civil tradicional revela-se insuficiente para proteger o consumidor¹¹¹.

Até o advento do Código do consumidor não havia legislação eficiente para enfrentar a problemática dos acidentes de consumo e proteger os consumidores. Os riscos de consumo corriam por conta do consumidor, porquanto o fornecedor só respondia no caso de dolo ou culpa, cuja prova era praticamente impossível.

O CDC deu uma virada na disciplina jurídica até então existente na medida em que transferiu os riscos do consumo do consumidor para o fornecedor. Estabeleceu a responsabilidade objetiva para todos os casos de acidente de consumo, quer decorrente do fato do produto, quer do fato do serviço¹¹².

¹¹⁰ BRASIL. Código civil 2002. op. cit.

¹¹¹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 263

¹¹² Id. Ibid.

De acordo com Cavalieri Filho¹¹³, destaca-se três grandes modificações introduzidas pelo Código de defesa do consumidor na responsabilidade civil nas relações de consumo:

1 – Ação direta do consumidor prejudicado contra o fornecedor de produto ou serviço, afastado nesta área o mecanismo da responsabilidade indireta; 2 – Superação da dicotomia, responsabilidade contratual e extracontratual. O fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual, ou do fato ilícito, para se materializar na relação jurídica de consumo, contratual ou não; 3 – Responsabilidade objetiva para o fornecedor de produtos ou serviços, vinculado que está a um dever de segurança.

O Código do consumidor divide a responsabilidade do fornecedor em responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e responsabilidade por vício do produto e do serviço.

4.3.1.1 Responsabilidade pelo fato do produto

A responsabilidade pelo fato do produto está disciplinada no art. 12 do CDC¹¹⁴, *in verbis*:

Art. 12 - 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.

A responsabilidade civil pelo fato do produto consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilidade em razão dos danos causados em razão de defeito na concepção 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 consumo¹¹⁵.

O tratamento que o CDC dá a matéria em questão teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual ou o fato ilícito para se

¹¹³ Id. Ibid.

¹¹⁴ BRASIL. Código de defesa do consumidor, op. cit.

¹¹⁵ MIRAGEM, Bruno, op. cit., p. 358

materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não¹¹⁶.

Ressalva-se que o fato gerador da responsabilidade do fornecedor não é mais a conduta culposa, tampouco a relação jurídica contratual, mas o defeito do produto. Bastará o nexo causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo.

Buscando facilitar a caracterização do defeito, o § 1º do art. 12 do CDC diz:

§ 1º 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.

Desse modo, não há como reclamar de produto se a tecnologia futura o modificou e o aprimorou. O defeito deve ser avaliado segundo a técnica existente no momento da comercialização.

Verifica-se que o CDC não admitiu a teoria do risco do desenvolvimento. A base dessa teoria repousa no fato de que um produto é posto no mercado com toda a tecnologia conhecida no momento, mas demonstra possuir um defeito que somente técnica descoberta posteriormente consegue corrigir. Nesse pensamento Venosa¹¹⁷ diz que: “o fornecedor pode valer-se dessa teoria para eximir-se do dever de repara o dano”

Portanto, o CDC não estabelece um sistema de segurança absoluta para os produtos e serviços. O que requer é uma segurança dentro dos padrões da expectativa legítima dos consumidores. E esta não é aquela do consumidor vítima. O padrão não é estabelecido tendo como base a concepção individual do consumidor, mas, muito ao contrário, a concepção coletiva da sociedade de consumo.

Segurança é portanto, conceito jurídico de conteúdo indeterminado cujo conteúdo deve ser dado pelo juiz nas circunstância do caso concreto. Por isso, deve o juiz, na determinação do caráter defeituoso, ser intérprete do sentimento geral de legítima segurança esperada do produto, atendendo não só ao uso ou consumo

¹¹⁶ BENJAMIM, Antônio, op. cit. p. 138

¹¹⁷VENOSA, op. cit., p. 244

pretendido, mas à utilização que dele razoavelmente possa ser feita, à luz do conhecimento ordinário¹¹⁸.

Vale destacar a garantia de idoneidade do produto ou dever de segurança tem natureza ambulatorial, não está circunscrita à relação contratual de compra e venda, mas, pelo contrário, acompanha o produto por onde circular durante toda a sua existência útil.

No que diz respeito ao nexo causal, observa-se que não se exige da vítima a prova do efeito do produto, apenas a prova do acidente de consumo. Conquanto objetiva a responsabilidade do fornecedor, essa responsabilidade não é fundada no risco-integral. Para configurá-la é indispensável a ocorrência do fato do produto ou do serviço.

Em sede de relações de consumo também não se admite na doutrina, como regra geral e segundo corrente majoritária, a culpa concorrente do consumidor. Sustenta-se que onde não há culpa, em princípio, não pode haver concorrência dela. Sempre que um produto é lançado no mercado há um risco por infortúnios que o fabricante leva na conta dos riscos do negócio¹¹⁹.

O fato exclusivo de terceiro, por outro lado, impede que se conclua pela existência de nexo causal. Se houver culpa concorrente, persiste, em princípio, sua obrigação.

Em resumo, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro desvia a óptica da problemática para a inexistência de defeito e, portanto, para a ausência de nexo causal.

Embora a perigosidade seja um elemento ligado a defeito, o CDC não proibiu nem sancionou a circulação de produto perigoso, pelo contrário admitiu a existência e a sua normal fabricação, pela singela razão de que muitos dos bens colocados no mercado para satisfazer necessidades sociais oferecem, em maior ou menor grau, um certo grau de perigosidade. Daí a distinção entre produtos com perigosidade inerente, assim entendido o risco intrinsecamente atado à própria natureza da coisa, a sua qualidade ou modo de funcionamento, e os com perigosidade adquirida, que se tornam perigosos em razão de algum defeito que não é da sua própria natureza¹²⁰.

¹¹⁸ CAVALIERI, op. cit., p. 269

¹¹⁹ VENOSA, op. cit., p. 241.

¹²⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 271

O art. 14 cuida especificamente, dos serviços. Daí que as diversas regras nele contidas adaptam o tratamento da responsabilidade civil pelos acidentes de consumo aos vícios de qualidade por insegurança dos serviços.

Ao contrário do que sucede no art. 12, o Código no art. 14, não fragmenta a responsabilidade, colocando de um lado o comerciante e do outro o fabricante, o produtor, o construtor e o importador. Fala-se apenas em fornecedor, gênero que inclui todos os partícipes da cadeia de produção e distribuição. Tal ocorreu porque, de regra, o fornecedor do serviço é o próprio prestador, aquele, pessoa física ou jurídica, que entrega a prestação. É certo que os serviços podem ser prestados através da contratação de terceiros, neste caso, todos são responsáveis objetivamente pelos acidentes de consumo causados pelo serviço prestado¹²¹.

Adverte-se que o dever de indenizar estatuído pelo Código é integral. Logo, as hipóteses de responsabilidade civil tarifada, em sede de acidente de consumo ou não, previstas para certos serviços, quedam-se totalmente afastadas pelo novo texto, exceto quando se este esteja diante de pura relação jurídica comercial.

Da mesma forma que se põe para os produtos, o defeito é o elemento que detona a responsabilidade civil objetiva do prestador de serviço, ai causar um acidente de consumo.

Alguns tipos de serviço tem maior potencial para causar acidentes de consumo, como por exemplo os serviços de transporte, de lazer, de saúde.

As causas de exclusão da responsabilidade objetiva do fornecedor de serviço seguem em linhas gerais, aquelas traçadas para os produtos. Resumem-se em: a inexistência do defeito no serviço e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros.

O código, em todo o seu sistema, prevê uma única exceção ao princípio da responsabilidade objetiva para os acidentes de consumo: os serviços prestados por profissionais liberais. Não se introduz sua irresponsabilidade, limitando-se o dispositivo legal a afirmar que a apuração de responsabilidade far-se-á com base no sistema tradicional baseado em culpa, só nisso eles são beneficiados, no mais, submetem-se integralmente, ao traçado do Código¹²².

4.3.1.2 Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço

¹²¹ BENJAMIM, Antônio, op. cit., p. 163

¹²² BENJAMIM, Antônio, op. cit., p. 164.

Nada mais justo que os produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo tenham qualidade, atendam à sua finalidade própria e, conseqüentemente às necessidades dos consumidores. Os produtos e serviços devem ser adequados aos fins a que se destinam. Devem ainda observar as indicações de qualidade e quantidade constantes na oferta e mensagem publicitária, esta é a garantia legal, decorrente de norma de ordem pública, não pode, portanto, ser afastada ou diminuída por vontade do fornecedor¹²³.

Enquanto na responsabilidade pelo fato a preocupação maior é com a segurança dos produtos e serviços, na responsabilidade pelo vício o foco principal é a sua adequação real às finalidades próprias.

A disciplina dos vícios dos produtos é paralela à regulamentação dos vícios redibitórios do Código civil. Assim, havendo relação de consumo, aplicam-se os arts. 18 a 25 do CDC. Caso contrário, incide em favor do comprador, a disciplina própria do Código civil.

O art. 23 do CDC¹²⁴, por sua vez, reforça a responsabilidade objetiva ao dispor:

Art. 23 - A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.

A ignorância mencionada neste artigo é o desconhecimento do vício de qualidade do produto ou do serviço, e que não exime de responsabilidade o fornecedor por nenhum motivo. Essa responsabilidade só poderá ser afastada por causa alheia, como o mau uso do produto, culpa exclusiva de terceiro, fortuito externo à atividade do fornecedor e posterior à entrega do bem ao consumidor.

Diferentemente da responsabilidade pelo fato do produto, há responsabilidade solidária entre todos os fornecedores, inclusive o comerciante, no caso de vício do produto. Dispõe o art. 18 do CDC¹²⁵:

Art. 18 - Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam [...]

No mesmo sentido o art. 19 do CDC dispõe:

¹²³ Id, ibid.

¹²⁴ BRASIL. Código de defesa do consumidor, op. cit.

¹²⁵ Id. Ibid.

Art. 19 - Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto [...]

Por conseguinte, pode o consumidor, à sua escolha, exercer sua pretensão contra aquele que mais lhe for conveniente.

O art. 18 do CDC prevê dois tipos de vícios do produto: de qualidade e de quantidade.

Vício de qualidade são aqueles que tornam os produtos impróprios ao consumo a que se destinam ou lhes diminuem o valor, assim como aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, ou mensagem publicitária.

Como observa-se, o CDC estabeleceu no seu art. 18 um novo dever jurídico para o fornecedor, o dever da qualidade, só introduzir no mercado produtos inteiramente adequados ao consumo a que se destinam.

No § 6º desse mesmo dispositivo encontra-se um rol exemplificativo de vícios de qualidade que tornam os produtos impróprios ao uso e consumo, *in verbis*:

Art. 18 [...]

§ 6º - São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Quanto os mecanismos reparatórios, a responsabilidade por vício do produto acarreta tão somente o ressarcimento segundo as alternativas previstas nos incisos I-III do § 1º do art. 18 do CDC, *in verbis*:

Art. 18 [...]

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

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

III - o abatimento proporcional do preço.

O consumidor poderá, em primeiro lugar, exigir a substituição das partes viciadas.

O fornecedor possui uma única possibilidade de correção do vício no prazo de 30 dias. Se o vício ressurgir após o conserto, não terá o fornecedor a possibilidade de invocar novo prazo de 30 dias. O consumidor poderá exigir a imediata substituição do produto, a restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

Vícios de quantidade são aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes do recipiente, embalagem, rotulagem, ou mensagem publicitária.

As medidas reparatórias dos vícios de quantidade, à escolha do consumidor, estão especificamente no art. 19 do CDC, *in verbis*:

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I - o abatimento proporcional do preço;

II - complementação do peso ou medida;

III - a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;

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

§ 1º Aplica-se a este artigo o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 2º O fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais.

O art. 20 do CDC disciplina a responsabilidade do fornecedor por vícios do serviço que também podem ser qualidade e de quantidade. Os primeiros tornam o serviço impróprio ao consumo ou lhe diminuem o valor. Impróprios são os serviços que se mostrem inadequados para fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade, conforme § 2º. Vícios de quantidade, ainda que assim não denominados pelo art. 20, são aqueles que apresentam disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária¹²⁶.

As medidas reparatórias para os vícios do serviço, à escolha do consumidor, estão previstos no art. 20, inc. I-III¹²⁷, *in verbis*:

Art. 20 – [...]

¹²⁶ CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 301

¹²⁷ BRASIL. Código de defesa do consumidor, op. cit.

- I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
- II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
- III - o abatimento proporcional do preço.

O número de casos de vício do serviço é muito superior ao vício do produto; o campo de incidência é bem mais amplo; serviços públicos (luz, telefonia, gás), serviços profissionais de todo gênero, serviços bancários, financeiros, securitários, médico-hospitalares, transportes, estacionamento etc. Para ter uma visão ampla da quantidade e variedade de casos relacionados com o vício do serviço basta abrir os jornais para se perceber a dimensão desse vício.

5 CONCLUSÃO

Diante dos pontos estudados faz-se necessário finalizar este trabalho destacando os principais tópicos abordados, quais sejam: princípios que norteiam a relação de consumo, consumidor e o fornecedor e os objetos: serviços e produtos, além da proteção contratual, onde foi dado maior ênfase.

No mundo contemporâneo, o ser humano é refém de seus desejos de consumo, insaciável é a vontade do homem em cada vez mais poder comprar.

É necessário focar o consumidor e o produto, quem é quem nesta relação de consumo, pois a cada dia que passa milhares de novos produtos são lançados no mercado consumista.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e anos depois o Código de defesa do consumidor, foi ofertado ao consumidor sendo uma arma poderosa e de muita qualidade, para passar a equilibrar este mercado.

Sabe-se que os abusos e descumprimentos das determinações legais por parte dos fornecedores ainda mantém altos percentuais, prova é o número de ações ajuizadas nos juizados especiais que tratam da matéria de consumo.

A solução para que, realmente se possa fazer do consumidor um elemento forte nestas relações, é levar ao consumidor através dos meios de comunicação possíveis, a informação correta dos meios que tem a sua disposição, seja a Constituição, Código de defesa do consumidor e os órgãos como o PROCON e juizados especiais, para que possa fazer suas reclamações, quando sentir-se prejudicado.

Portanto, os instrumentos de proteção ao consumidor devem ser cada vez mais efetivos evitando um retorno a momentos em que o CDC não existia, ou menos ainda a banalização de sua importância para conseguir tal desiderato e de vital importância.

Para conseguir tal desiderato é de vital importância que a sociedade civil, mormente por ação dos protagonistas da relação processual, esteja atenta para o fato de que uma sociedade mais justa, livre e solidária, passa sempre pela necessidade de cumprimento da regra descrita no caput do art. 170 da CF, qual seja de que a atividade econômica empresarial tem por fim precípua garantir a todos uma existência digna.

REFERÊNCIAS

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

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. **Proteção Contratual do consumidor brasileiro**. Disponível em: <<http://www.ufrg.br/ppgd/doutrina/barcell1;htm>>. Acesso em: 30 out. 2014.

BARBOSA JÚNIOR, Antonio de Bulhões. **O que é Relação de Consumo?**. Disponível em: < <http://www.direitodoconsumidor.org/2011/09/o-que-e-relacao-de-consumo.html>>. Acesso em: 02 de out. 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BISINOTTO, Edneia Freitas Gomes. **Breves considerações sobre o Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11906&revista_caderno=10>. Acesso em: 23 set. 2014.

BRASIL. **Código Civil 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 out. 2014.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> Acesso em: 01 out. 2014.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2014.

CARPENA, Heloisa. **A teoria do abuso do direito nos contratos de consumo**. Rio de Janeiro: renovar, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIREITOS DOS CONSUMIDORES. São Paulo: Melhoramentos, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. V. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto [et.al.]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, v. 1.

MATSUMOTO, Caio César. **A abusividade da equiparação de preços em vendas parceladas e à vista nas relações de consumo**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/tcc_-_caio_cesar_matsumoto.pdf>. Acesso em 24 set. 2014.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE. Disponível em: <<http://www.consulluz.com.br/principios-constitucionais-e-o-codigo-de-defesa-do-consumidor>>. Acesso em: 01 out. 2014.

POPP, Carlyle; SETTI, Maria Estela Gomes. O Código de Defesa do Consumidor e a proteção contratual. IN: **Revista de direito do consumidor**. Ano 20, v. 70, jul./set 2011.

SILVA, Caroline Soares; Silva, Daniele das Graças Souza e [et.al.]. **A responsabilização da publicidade enganosa na fase pré-contratual**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/a-responsabilizacao-da-publicidade-enganosa-na-fase-pre-contratual/125278/>>. Acesso em: 25 out. 2014.

TOLEDO, Antônio Eufrasio. **Os princípios gerais do Código de Direito do Consumidor e as cláusulas abusivas nos contratos de consumo**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/309/299>>. Acesso em 02 out. 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2008. V. 4

FICHA CATALOGRÁFICA

S586g

Silva, André Pessoa da
Garantia pré contratual na relação de consumo / André
Pessoa da Silva. --- 2014.
68 p.

Orientador: Prof. Pedro Dias
Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Faculdade
de Administração de Sergipe, Curso de Direito, 2014.

1.Direito do consumidor. 2. Garantia pré contratual
consumo. I. Dias, Pedro. II. Garantia pré contratual na relação
de consumo.