

INTRODUÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR

SUMÁRIO

Introdução	3
1- Conceito de consumidor	5
2- Conceito de fornecedor	8
3- Contrato de consumo	14
4- Princípios básicos	17
5- Responsabilidade civil no CDC	29
6- Vício do produto ou serviço	34
7- Excludentes de responsabilidade do fornecedor	43
8- Prescrição e Decadência a luz do CDC	55
9- Desconsideração da personalidade jurídica	59
10- Publicidade nas relações de consumo	62
Conclusão	65
Referências Bibliográficas	66

INTRODUÇÃO

Não há sociedade sem o direito! O direito surgiu de ideais de uma coletividade que positivaram seus anseios, obrigações e garantias, estes, evoluem e modificam-se no decorrer dos tempos. Essa metamorfose foi transferida na maneira de contratar da sociedade que deixou o escambo (comércio de trocas) para se valer de garantias contratuais.

Com o final da Segunda Grande Guerra e o surgimento das grandes potências EUA e URSS, o capitalismo alcançou seu apogeu, houve uma impulsão muito grande nos negócios, principalmente com a dissolução da União Soviética, que fez nascer novos conceitos de relações contratuais, daí novas concepções sobre o equilíbrio contratual começam a surgir.

As relações de consumo ganham cada vez mais enfoque, vez que o capitalismo está com força total, daí começam a surgir novas idéias e novos conceitos que tendem a tornar igual os desiguais, dando uma proteção legal maior a quem carece dela, para que as partes estejam em equilíbrio, surgindo aí a lei 8078| 90.

A teoria contratual passa por mudanças no que tange a sua interpretação, onde o contrato se socializa, acompanhando a evolução sociológica e econômica da nossa sociedade.

Neste artigo, os contratos estabelecidos entre fornecedor e consumidor são analisados no que tange a sua legalidade, possibilidade, curiosidades, de forma a se provar que o CDC veio para proteger o hipossuficiente e o vulnerável, equiparando assim as partes, tornando justa a forma de contratar.

O tema “consumidor”, por mais explorado que seja, sempre é um tema atual, haja vista que, a doutrina evolui, a jurisprudência modifica interpretações da lei surgindo aí novos rumos para velhos problemas enfrentados pelos consumidores com novas soluções.

INTRODUÇÃO AO DIREITO DO CONSUMIDOR

O presente curso tem como objetivo primordial destacar que o contrato no CDC tem vida própria, aplicação específica e importância ímpar no mundo jurídico e no dia a dia, pois o consumidor que é sabido de seus direitos e os pleiteia

1- CONCEITO DE CONSUMIDOR

Consumidor em sentido estrito (standard ou stricto sensu)

- CDC, Art. 2º: é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Aspectos relevantes:

a) A pessoa jurídica também pode ser uma consumidora.

b) É consumidor tanto aquele que adquire como aquele que utiliza o produto ou o serviço.

c) O significado de destinatário final é indeterminado e existem três teorias que explicam o seu significado:

c.1) Teoria maximalista ou objetiva: Para essa teoria destinatário final é aquele consumidor que retira o produto do mercado de consumo, não importa saber o fim do produto, basta a retirada do produto do mercado de consumo para ser considerado consumidor. Essa teoria é criticada por ampliar muito o significado do termo consumidor.

c.2) Teoria Finalista ou Subjetiva: O destinatário final não é apenas o destinatário fático (aquele consumidor que retira o produto do mercado de consumo), mas só será considerado destinatário final aquele que adquire esse produto ou serviço para uma finalidade pessoal, própria. Se a utilidade do produto ou serviço for para atividade profissional, ou insumo para uma atividade comercial, o consumidor que retirou o produto do mercado não será considerado destinatário final, mas um intermediador. Hoje é o entendimento do STJ e do STF, em decisões já emanadas.

c.3) Teoria Finalista aprofundada ou mitigada: Em alguns casos o STJ reconhece o intermediador (aquele que utiliza o produto para atividade econômica) como um sujeito vulnerável e o entende como destinatário final.

- Teoria Maximalista (Objetiva)

Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço, retirando-o da cadeia de produção (destinatário fatídico) independentemente da destinação que é dada ao bem.

- Teoria Finalista (Subjetiva)

Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço (destinatário fatídico) para fim pessoal, privado ou familiar, sem revendê-lo ou incrementá-lo em sua atividade profissional (destinatário econômico).

- Teoria Finalista Aprofundada

Consumidor, em regra, é o destinatário fatídico e econômico do bem. Excepcionalmente, também poderá ser considerado consumidor, a pessoa física ou jurídica que, embora faça uso do produto ou serviço para uso profissional, comprove, em concreto, sua condição de vulnerabilidade.

2. Consumidor Equiparado

a) Em Sentido Coletivo

- CDC, Art. 2º, parágrafo único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.
- Finalidade da equiparação: É instrumental, é viabilizar a tutela coletiva dos interesses dos consumidores. Obs: A ação civil pública pode ser intentada na defesa de potenciais consumidores.

b) "Bystander"

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

Ex.1: Explosão do Shopping de Osasco.

Ex.2: Incêndio na boate Kiss em Santa Maria-RS.

Ex.3: Acidente aéreo com vítima terrestre.

São pessoas que embora não estejam diretamente ligados à relação de consumo (consumidor em sentido estrito), podem ser equiparadas a tal em razão de serem vítimas de algum evento danoso.

c) Potencial ou virtual

· CDC, 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.

· Atenção: Necessidade de conjugação do art. 29 com o princípio da vulnerabilidade. Ex: Não aplicação do CDC ao contrato de franquia (RESp 687.322/RJ).

Consumidor = art. 29 + princípio da vulnerabilidade.

Resumo:

Conceito de Consumidor:

1) Consumidor stricto sensu (art. 2º, caput do CDC);

2) Consumidor equiparado:

a. Consumidor em sentido coletivo – art. 2º parágrafo único do CDC;

b. Consumidor bystander – art. 17 do CDC;

c. Consumidor Potencial – art. 29 do CDC;

2- CONCEITO DE FORNECEDOR

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

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

§ 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 trabalhistas.

Diferentemente do que ocorre com o consumidor, o conceito de fornecedor não é debatido com frequência pelos autores, talvez em decorrência do vasto leque de atividades econômicas e da amplitude da área de prestação de serviços. Para evitar interpretações contraditórias, o legislador preferiu definir produto como sendo qualquer bem móvel ou imóvel, material ou imaterial e serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo (art. 3º, §1º e §2º). Essa definição legal praticamente esgotou todas as formas de atuação no mercado de consumo.

Fornecedor é não apenas quem produz ou fabrica, industrial ou artesanalmente, em estabelecimentos industriais centralizados ou não, como também quem vende. Nesse ponto podemos verificar que a definição de fornecedor se distancia da definição de consumidor, pois enquanto a este há de ser o destinatário final, tal exigência não se verifica quanto ao fornecedor, que pode ser o fabricante originário, o intermediário ou o comerciante, bastando que faça disso sua profissão ou atividade principal.

O Código de Defesa do Consumidor colocou dois requisitos para se caracterizar fornecedor: habitualidade e onerosidade.

A) Habitualidade – fornecedor é aquele que tem o exercício habitual do comércio. Vimos no exemplo acima da venda de um automóvel (vide tópico 1.3). Desse modo, exclui-se da tutela consumerista e aplicar-se-á o Código Civil de regra. Atente ao fato de que fornecedor é tanto pessoa jurídica (é normalmente a regra) como a pessoa física, bastando ter esses dois requisitos.

Fornecedor é gênero do qual comporta algumas espécies. Com isso, quando a lei quer responsabilizar a todos, ela usará o termo “fornecedor”. Todavia, quando quer designar alguns, especificamente fará o uso da nomenclatura da espécie. Como exemplo, podemos citar os profissionais liberais, previsto no art., 14, §4º, comerciante (art., 13), etc.

Embora, no ramo do Direito Administrativo, não seja normal que as pessoas jurídicas de direito público exerçam uma atividade econômica, estas também podem ser consideradas fornecedoras, desde que haja prestação por parte do consumidor e contraprestação por parte delas. Mas, atenção, aqueles serviços pagos mediante um tributo (como por exemplo, os remunerados por uma tarifa) não se submetem ao Código de Defesa do Consumidor, porquanto aqui não há consumidor propriamente dito, mas sim a figura de um contribuinte, que paga aos cofres públicos, de acordo com a previsão orçamentária.

Nesse caso, trata-se de relação eminentemente pública, mais especificamente ao ramo do Direito Tributário. Podemos ver nos artigos 40 a 44 do Código Civil a definição do que seria pessoa jurídica de direito público, privado, nacional ou estrangeira, que neste último caso é tratado na lei civil de interno ou externo, respectivamente.

Por fim, entes despersonalizados são aquelas sociedades que não possuem personalidade jurídica (pessoas jurídicas de fato), ou seja, aquelas que não possuem seus atos constitutivos registrados no cartório oficial competente. A lei não quis também afastar tais entidades, pois em não havendo personalidade jurídica, em regra, estas não poderiam ser sujeitos de direitos nem obrigações e, com isso, não

poderiam ser demandadas em juízo no caso de futuros danos ao consumidor. O CDC afastou esse problema incluindo-as no rol de fornecedor.

B) Onerosidade: outro requisito essencial para se enquadrar uma pessoa como fornecedora é a onerosidade. Conseqüentemente, aquelas pessoas que, embora atuem com habitualidade, mas que o fazem de forma gratuita, ou seja, altruística, não consideradas fornecedoras. É o caso de uma pessoa que leva o filho de sua vizinha gratuitamente ao colégio. Tais atos são considerados meros favores. Pegando o gancho, a onerosidade também não vive sem a habitualidade; como visto com exatidão até aqui, os dois requisitos são cumulativos.

Por fim, ainda quanto à onerosidade, devemos destacar um ponto importante que é acontecimento normal no ramo do consumo. Trata-se dos serviços aparentemente gratuitos, ou seja, são aqueles que à primeira vista são gratuitos, mas analisando de forma mais detalhada o fornecedor está se beneficiando dela, ou seja, se remunerando por esse serviço aparentemente gratuito. E, nestes casos, embora sejam gratuitos, estão abrangidos pelo Código de Defesa do Consumidor.

Podemos citar como exemplo os estacionamento gratuitos de um shopping center e supermercados. Estes são aparentemente gratuitos, porque o fornecedor tem como objetivo principal captar maiores clientelas. O STJ editou a esse respeito Súmula 130: “a empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo, ocorridos em seu estacionamento”.

Cabe uma observação importante. A doutrina e a jurisprudência são divergentes quanto à relação entre advogado e cliente; se realmente se trataria de uma relação de consumo ou não. Temos duas posições que vão disputar esse entendimento:

1) Não há relação de consumo, pois se aplica a Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB, os serviços advocatícios, suas prerrogativas e obrigações são impostas por esta lei. Tal norma é totalmente incompatível com a atividade de consumo, já para a 2ª corrente há relação de consumo por tudo visto até aqui, trata-se de uma atividade que é exercida de forma habitual e onerosa.

Vimos que o conceito de consumidor está exposto no art. 2º, caput e seu parágrafo único e também completado por outros dois artigos (17 e 29) e que apesar de algumas dificuldades, a definição de consumidor tem a grande virtude de colocar claramente o sentido querido na maior parte dos casos.

Já o conceito de fornecedor está exposto no caput do art. 3º e sua leitura nos dá um panorama da extensão das pessoas enumeradas como fornecedoras; que na realidade são todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos.

PRODUTO OU SERVIÇO

O art 3º, § 1º, define produto como qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Para efeito pratico é de bom tom, que produto se entenda como bem, ou seja, aquele objeto de interesse em dada relação de consumo destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.

Já o art. 3º, § 2º, define serviço como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de credito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Dentro deste inciso é importante ressaltar, as atividades desempenhadas pelas instituições financeiras, diante da grande controvérsia existente se as normas do CDC incidem ou não na matéria. O próprio texto legal dispõe expressamente que as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária incluem-se no conceito de serviço.

A atividade bancária é conceituada no art. 17 da lei 4.595/64 como coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Para o Professor Fábio Ulhôa Coelho, o contrato bancário pode ou não sujeitar ao Código de Defesa do Consumidor, dependendo da natureza do vínculo obrigacional subjacente. O mútuo, por exemplo, será mercantil se o mutuário for

exercente de atividade econômica, e os recursos obtidos a partir dele forem empregados na empresa. E será mútuo ao consumidor se o mutuário utilizar-se dos recursos emprestados para a finalidade particular, como destinatário final.

Conforme lapidar síntese de Nelson Nery Jr., os serviços bancários caracterizam-se como relações de consumo em decorrência de quatro circunstâncias, a saber:

- a) Por serem remunerado
- b) Por serem oferecidos de modo amplo e geral, despersonalizado
- c) Por serem vulneráveis os tomadores de tais serviços, na nomenclatura própria do CDC
- d) Pela habitualidade e profissionalismo na sua prestação.

O jurista Sérgio Cavalieri Filho preleciona que não há dúvida de que os bancos e seguradoras têm suas legislações próprias disciplinando o seu funcionamento; mas no que for pertinente às relações de consumo, ficam também sujeitos à disciplina do CDC.

É evidente por todos que utilizam serviços prestados pelos bancos ou pela espécie instituições financeiras que seus serviços são remunerados, que oferecem tal serviço de maneira indiscriminada e geral, habitualmente e profissionalmente, onde seus tomadores são vulneráveis economicamente, juridicamente e tecnicamente, logo as normas dispostas no CDC são aplicáveis as atividades bancárias.

Para realçar ainda mais o que foi falado as decisões dos nossos tribunais tem se manifestado nesse mesmo sentido, definindo as atividades bancárias como relações de consumo, assim, manifestando que as normas do CDC se aplicam a atividades bancárias.

Jurisprudências:

- Apelação Cível nº 737.410-7, o 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Rel. Juiz Maia da Cunha, julgamento de 8.6.98, assim se manifestou, à unanimidade: “A atividade bancária está sujeita à disciplina que rege as relações de consumo”.

- Recurso Especial nº 57.974-0, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em julgamento de 25.4.95, à unanimidade decidiu que: Os bancos, como prestadores de serviço especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do CDC”.
- Recurso Especial nº 163.616-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, em julgamento de 21.5.98. Por unanimidade, o STJ decidiu: “As instituições financeiras estão sujeitas à disciplina do CDC”.

3- CONTRATO DE CONSUMO

Com o crescimento da sociedade de consumo e a difusão da produção e do fornecimento em massa, os instrumentos jurídicos de então tiveram que ser adaptados para atender às novas demandas do mercado.

Um dos principais mecanismos criados para atender a essa nova demanda foi o contrato de adesão, que se caracteriza por ser o instrumento no qual um dos contratantes impõe de forma unilateral todas as cláusulas e condições e a outra parte apenas tem a opção de aceitar o contrato, em bloco, ou deixar de contratar.

Em que pese as discussões doutrinárias com relação à impropriedade da expressão "contrato de adesão"¹, a primeira lei brasileira que regulou os contratos de adesão foi o Código de Defesa do Consumidor, de 1990.

O CDC conceituou em seu artigo 54, caput, que se considera de adesão o contrato cujas cláusulas sejam impostas unilateralmente por uma das partes, não sendo dado à outra alterar substancialmente seu conteúdo.

O CDC incorporou em suas normas uma série de características e atributos dos contratos de adesão que eram comumente destacados pela doutrina, impondo regras de confecção e interpretação próprias a essa modalidade de contrato.

Nesse sentido, o artigo 54, § 3º, do CDC previa que as cláusulas dos contratos de adesão seriam redigidas em termos claros e em caracteres legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelos consumidores.

Já o § 4º desse mesmo dispositivo impõe que as cláusulas que impliquem limitação de responsabilidade devem ser redigidas em destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Além dessas, o Código de Defesa do Consumidor traz uma série de normas aplicáveis aos contratos de consumo em geral e, portanto, também aos de adesão, tais como que:

(i) as cláusulas contratuais que não forem de conhecimento do consumidor antes da contratação ou que sejam redigidas de modo a dificultar sua compreensão não obrigam o consumidor (artigo 46); e

(ii) as cláusulas ambíguas serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor (artigo 47).

Atualmente, também o Código Civil ([clique aqui](#)) trata dos contratos de adesão, em dois de seus dispositivos. O artigo 423 determina que as cláusulas constantes desses contratos serão interpretadas em favor do aderente, o qual, no caso das relações de consumo, será sempre o consumidor; e o artigo 424 impõe que, tratando-se de contrato de adesão, são nulas as cláusulas que impliquem renúncia antecipada pelo aderente de direitos inerentes à natureza do negócio jurídico celebrado. Trata-se, portanto, de disposição muito semelhante àquela prevista no artigo 51, IV, § 1º, II, do CDC, que impõe a nulidade da cláusula contratual que coloque o consumidor em desvantagem exagerada.

II. A Lei nº 11.785, de 22.9.2008

Como se nota, a disciplina dos contratos de adesão sempre foi sensível à desigualdade material e formal existente no momento da contratação, no qual o aderente (consumidor) não pode negociar as condições do contrato.

Nesse sentido, o Poder Judiciário tem reconhecido a validade e obrigatoriedade dos contratos de adesão, mas desde que observadas as regras de confecção impostas pelo CDC e sempre os interpretando de acordo com as normas ali impostas.

Em complemento às regras já existentes, e consolidadas pela jurisprudência, em 23.9.2008 foi publicada a Lei nº 11.785 que alterou o artigo 54, § 3º, do CDC para

prever expressamente que o tamanho da letra utilizada nesse tipo de contrato não será inferior ao corpo 12.

Trata-se de norma que pretendeu acabar com discussões quanto ao conceito de "caracteres ostensivos e legíveis", antes mencionado de forma genérica pelo artigo 54, § 3º, do CDC.

A despeito de a Lei nº 11.785/08 não ter previsto qual seria a sanção aplicável ao fornecedor que deixar de observar tal dispositivo legal, acreditamos que as sanções aplicáveis ao infrator poderão ser de duas esferas distintas.

A primeira delas se refere às sanções administrativas previstas no artigo 56 do CDC, dentre as quais a mais comum é a imposição de multa, que pode variar de R\$ 212,82 a R\$ 3.192.300,00, dependendo da gravidade da infração, da vantagem auferida e da condição econômica do fornecedor.

A segunda tem reflexos na esfera civil e pode resultar no reconhecimento da nulidade do próprio contrato celebrado ou das condições nele previstas que se mostrem desfavoráveis aos consumidores.

Isso porque, o artigo 166, IV, do Código Civil, aplicável subsidiariamente às relações de consumo, prevê a nulidade do negócio jurídico que "não revestir a forma prescrita em lei".

Uma vez que o artigo 54, § 3º, do CDC prevê que os contratos de adesão devem ser redigidos com letras de corpo não inferior ao 12, eventual descumprimento dessa obrigação pode ser interpretada como desatendimento da forma prescrita em lei, o que resultaria na própria nulidade do instrumento.

A reforçar esse entendimento, o artigo 46 do CDC, acima referido, determina que não obrigarão os consumidores as cláusulas redigidas de modo a dificultar a sua compreensão. Uma vez que o próprio Código prevê que para ser ostensiva e legível a cláusula deve ser redigida em fonte de corpo não inferior ao 12, é natural que se entenda que cláusulas redigidas em corpo inferior a esse não são ostensivas e legíveis e que, com isso, não obrigam os consumidores.

4- PRINCÍPIOS BÁSICOS PARA FORMAÇÃO DE CONTRATO ENTRE FORNECEDOR E CONSUMIDOR

O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

Reza o artigo 4º do CDC, *in verbis*: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem “como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

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

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

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

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.”

O consumidor muitas das vezes fica em desvantagem técnica ou econômica em relação ao fornecedor, sendo neste caso hipossuficiente e vulnerável, daí nasce a necessidade de se tentar equiparar essas desigualdades. O princípio da transparência amparado pelo art. 4º do CDC surgiu para amparar ao consumidor, garantido-lhe a clareza nas relações contratuais, especificação do produto e serviço, meio pelo qual será utilizado, reais vantagens e ônus a ser suportado, em suma todos os encargos do produto ou serviço tem de ser especificados claramente ao consumidor que assim pode optar por consumir ou não.

O princípio da transparência é cabível desde a fase pré- contratual, além de ser extremamente necessária sua incidência sobre relações contratuais que gerem obrigações futuras; eis que o conteúdo do contrato poderia gerar sua inoperância se as cláusulas contratuais não fossem explícitas, pois o consumidor poderia estar contratando ou adquirindo produto ou serviço diverso do esperado; a fim de ilustrar a questão no caso prático temos o exemplo:

“ COMPRE UM PASTEL DE QUEIJO E LEVE O DE CARNE !! ”

A princípio tem se a idéia de que comprando o pastel de queijo ganharia também o de carne, só que se bem analisada a questão é: VOCÊ COMPRA O DE QUEIJO , MAS LEVA O DE CARNE !

O consumidor tem de ter disponível todas as informações de forma bem clara, pois no caso em tela o “ pastel” que ele iria levar é o de carne, e ele só havia comprado porque entendeu que se compra-se o de queijo levaria o de carne também, sendo assim, induzido a erro.

Como já foi mencionado o princípio da transparência se faz presente em todas as fases do contrato, mesmo se ainda não houver realmente um contrato de fato, pois a mera expectativa de uma contratação já incide a obrigação do princípio da transparência, que atinge a toda relação de consumo, em todas as fases contratuais e a todos os consumidores em expectativa, onde prevendo uma futura causa prejudicial podem os legitimados entrarem com ações públicas para defesa dos direitos coletivos que servirão para proteção individual do consumidor, ex:

Uma empresa de telefonia móvel coloca à venda um modem que possibilita a utilização da internet 3G, tudo normal até ai, só que nesta localidade não tem a tecnologia 3G disponível, induzindo assim o consumidor a erro, neste caso caberia aos lesados ingressarem em juízo por eventuais prejuízos, cabendo também ao Ministério Público uma ação coletiva, visando proteger aos consumidores que adquiriram tal produto assim como para se evitar que novos consumidores sejam enganados, podendo haver a retirada desse produto do mercado ou pedir que a empresa preste o serviço como anuncia .

PUBLICIDADE E OFERTA

A publicidade se difere da propaganda na medida em que nesta existe uma informação ideológica, enquanto naquela as informações são totalmente objetivas, levando ao conhecimento do consumidor dados sobre a utilidade, funcionamento, reais vantagens do produto.

Uma nova forma de publicidade vêm sendo utilizada para captar consumidores; esta por sua vez se transformou em OFERTA, haja vista que se utiliza de outros meios de captação de clientes; a oferta se baseia em dados mais precisos sobre o produto, como: condições de pagamento, quantidade disponível, preço, juros, formas de pagamento.

Com a oferta de um produto cria-se entre consumidor e fornecedor um pré- contrato, o CDC em seu art. 30, estabelece *in verbis*:

“Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou

apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.”

Toda e qualquer forma de informação levada ao conhecimento do consumidor tem de ser cumprida como ofertada e na dúvida deve se beneficiar ao consumidor. É sabido por grande parte dos brasileiros que há tempos atrás as empresas Casas Bahias veicularam uma propaganda com um famoso jarrão: “ quer pagar quanto “, pois bem a pergunta foi feita e um promotor de justiça respondeu.... foi a uma das lojas e disse que queria pagar x por um determinado produto , o caso foi levado ao judiciário e ele ganhou.

Em suma, a oferta tem de ser cumprida como apresentada, pois já existe uma relação pré- contratual que tem de ser respeitada e cumprida.

O PRÉ-CONTRATO NO CDC

Segundo o art.48 do CDC in verbis:

“As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.”

As informações contidas em recibos, escritos particulares, oferta, publicidade deverão ser cumpridos na íntegra, pois vinculam o fornecedor ao que ele pactuou com o consumidor, vez que se dispôs a fornecer, podendo ser coercitivo seu cumprimento com força no art. 84 CDC.

Ex: consumidora que escolhe imóvel, vincula a fornecedora, tornando esta responsável pelos danos decorrentes da inexecução, onde se a fornecedora se nega sem motivo aparente a celebrar o contrato de locação, frustrando a expectativa legitimamente criada pela consumidora, gerando assim a possibilidade de reparação e indenização.

A questão do pré-contrato adentra também o ramo do direito civil, só para uma questão de curiosidade: aconteceu um caso verídico no Rio Grande do Sul entre

uma empresa que vendia extrato de tomate enlatado e agricultores de tomates, a empresa dispunha sementes de tomate gratuitamente e comprava a produção, essa pratica perdurou por um tempo, só que, a empresa numa certa colheita se negou a comprar a produção, vez que alegava não ter contrato algum com esses agricultores.

O caso foi ao judiciário e abriu precedentes pois o mesmo condenou a empresa com base na responsabilidade civil pré-contratual (*culpa in contraendo*), ou seja expectativa de contratação.

Em suma não é necessário se ter um contrato por escrito para que já se tenha a responsabilidade criada, a mera expectativa já incide tal responsabilidade.

A responsabilidade do fornecedor vem desde a fase negocial até a pos contratual, onde os deveres anexos do contrato continuam vigentes após concluídas as negociações.

Ex: uma construtora vendeu apartamentos de frente para o mar, havia um terreno em frente vago, a mesma se comprometeu a não construir apartamento algum e sim uma área de lazer, pois bem vendidos os apartamentos, a construtora resolveu fazer um prédio ali, naquele espaço onde deveria ser uma área de lazer.

A construtora violou a boa-fé e os deveres anexos, sendo ferida de morte a responsabilidade pos- contratual(*pos pactum finitum*), devendo assim indenizar no caso em testilha os prejudicados.

DO CONTRATO

PRÉVIO CONHECIMENTO DO CONTEÚDO DO CONTRATO

Valendo-se da má-fé, por vezes até não, o fornecedor pode tentar mascarar certas condições desleais em relação ao consumidor que por ser hipossuficiente acaba por abraçar o contrato, gerando uma serie de transtornos que podem ser revertidos com base legal no art. 46 do CDC, *in verbis*:

“Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

Existe controvérsia na doutrina sobre a questão da validade desse contrato onde houve dificuldade de entendimento ou o consumidor não teve acesso ao seu conteúdo, vejamos:

a) me fidelizo a uma operadora de telefonia móvel, porque o que ela aparentemente me oferecia como vantagem era tudo que pedi a Deus, só que por falta de informação tinha uma cláusula da qual eu desconhecia que onerava o pré-estabelecido, agora cabe a pergunta : esse contrato é todo nulo ? Só a cláusula que desconhecia é nula ? Ao meu ver só a cláusula mascarada seria nula se eu realmente tivesse o interesse de continuar com essa operadora pois o fornecedor tem de cumprir de forma fiel o que ele OFERTOU.

Nas palavras do mestre Nery:

"Dar oportunidade de tomar conhecimento do conteúdo do contrato não significa dizer para o consumidor ler as cláusulas do contrato de comum acordo ou as cláusulas contratuais gerais do futuro contrato de adesão. Significa, 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 finalístico da norma indica dever o fornecedor dar *efetivo conhecimento* ao consumidor de todos os direitos e deveres que decorrerão do contrato, especialmente sobre as cláusulas restritivas de direitos do consumidor, que, aliás, deverão vir em destaque nos formulários de contrato de adesão (art. 54, §4.º, CDC)." (in: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Comentários ao código de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 485).

O acesso as clausulas segundo o mestre Nery, é o efetivo conhecimento do texto, como exemplo citamos o julgado:

“A 2ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina manteve sentença da Comarca de Joinville que determinou a Sul América Seguros S.A. o pagamento de R\$3,1 mil, corrigidos, aos herdeiros do falecido Abel da Costa, relativo às despesas funerárias. A empresa alegou que deixou de pagar a quantia reclamada porque não foi comunicada da morte do segurado, fato este que, pelo contrato, excluiria o pagamento de tais despesas.

Também, que o valor do auxílio funeral não pode ser reembolsado porque os documentos do falecido apontavam que os beneficiários somente poderiam requerê-lo através do telefone 0800 disponibilizado pela seguradora, caso contrário perderiam o direito ao benefício. Os magistrados da Câmara entenderam que o auxílio funeral, inserido como benefício em favor do consumidor, é um direito passível de reembolso após o pagamento do prêmio e a ocorrência do sinistro. Além disso, nas relações de consumo deve ser oportunizado o amplo conhecimento do contrato, a fim de não ser violado o princípio básico da informação que uma vez desatendido desobriga tanto consumidor quanto fornecedor do cumprimento da disposição por eles ignorada (**art. 6º e 46 do CDC**), sem contar que há, nos autos, prova do pagamento dos prêmios pelo segurado, tornando-se obrigatório o pagamento da indenização securitária. A votação foi unânime. “

A REDAÇÃO DOS CONTRATOS CONSUMERISTAS.

Enuncia o art. 54,§3º do CDC, in verbis: “ os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”

O contrato de adesão se destina a um público diversificado, atingindo diversas camadas da sociedade e para tanto é necessário que o vocabulário seja claro, específico e atinja a todos.

Na redação de Nery:

"O cuidado que se deve ter na redação das cláusulas contratuais", afirma NELSON NERY JR., "especialmente das cláusulas contratuais gerais que precedem futuro contrato de adesão, compreende a necessidade de desenvolver-se a redação na

linguagem direta, cuja lógica facilita sobretudo sua compreensão. De outra parte, deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de termos lingüísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outros idiomas. Os termos técnicos de conhecimento do homem médio leigo, as palavras estrangeiras que já estejam no domínio popular do homem mediano podem, em tese, ser empregadas na redação de um contrato de consumo, atendidas as peculiaridades do caso concreto, bem como do universo da massa a ser atingida como aderente no contrato de adesão. Se este tem como alvo pessoas de baixa renda e analfabetas em sua maioria, por exemplo, palavras difíceis, termos técnicos e palavras estrangeiras não deverão, por cautela, ser utilizadas no formulário.'

'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 preciso que também o sentido das cláusulas seja claro e de fácil compreensão. Do contrário, não haverá exigibilidade do comando emergente dessa cláusula, desonerando-se da obrigação o consumidor. (grifamos)" (in: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Comentários ao código de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 486/487).

PRÁTICAS ABUSIVAS

O ROL EXEMPLIFICATIVO DO ART 39 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;

Nestes casos de venda casada, a jurisprudência é dominante:

“ação anulatória e revisional- contratos de empréstimo, pecúlio e seguro- venda casada. Atividades que envolvam crédito constituem relação de consumo. A exigência de contratar pecúlio e seguro de vida para concessão de empréstimo, usualmente denominada “venda casada”, é prática expressamente vedada pelo art.39,I do CDC (TJRS, AP.CÍV.70005954235, REL.DES. ANA MARIA NEDEL.J.16.10.2003).

No que se refere a limite quantitativo, no ensina o Dr. Antônio Hormam de Vasconcelos:

... a condição quantitativa, dizendo respeito ao mesmo produto ou serviço, para tal caso, contudo, o Código não estabeleceu uma proibição absoluta. O limite quantitativo é admissível desde que haja “justa causa” para imposição.

A justa causa, porém, só tem aplicação aos limites quantitativos que sejam inferiores à quantidade desejada pelo consumidor. Ou seja, o fornecedor não pode obrigar o consumidor a adquirir maior ou menor que as suas necessidades.”

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

Impossibilita que o fornecedor se negue a vender ao consumidor se ele tiver condições de pagar pelo produto ou serviço; criando assim cláusula impeditiva de escolha de usuário pelo fornecedor.

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

O fornecimento não solicitado é causa corriqueira nos dias atuais, sendo uma forma de impor ao consumidor determinado produto ou serviço que ele não reivindicou, e se assim feito deverá ser considerado como amostra grátis (art.39, §único do CDC), onde o consumidor não terá qualquer obrigação quanto ao pagamento.

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

A vulnerabilidade pertence a todos os consumidores, já a hipossuficiência está ligada a pessoa, haja vista ,que, as pessoas possuem diferentes níveis culturais, podem ter pouco ou muito conhecimento, ou fator externo que a torne ainda mais fragilizada, no caso a idade avançada ou menoridade.

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

O código já enfatiza “exigir” não seria necessário nem obter, pois a mera exigência já configuraria a vantagem excessiva.

O art.51 § 1º do CDC estabelece, in verbis, o que seria a vantagem excessiva:

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

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

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

A simples apresentação de orçamento não implica em sua execução, ou obrigatoriedade do consumidor em contratar com aquela empresa que fez o orçamento, haja vista que a idéia desse tipo de serviço é justamente para beneficiar

o consumidor, pois possibilita uma pesquisa de mercado e em tese um possível abatimento no preço.

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

O que é vedado é o repasse negativo de informações no direito do consumidor, contudo, pode o fornecedor quando ultrapassado esse direito repassar esse tipo de informação.

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);

O Código caracteriza como abusiva a colocação de produto ou serviço no mercado de consumo que não respeite as normas mínimas de segurança, visando a proteção do consumidor, que mesmo amparado por essa proteção em algumas vezes não são de tudo suficientes para impedir que certos problemas aconteçam.

IX – deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação o deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

Esse inciso é mais uma segurança dada ao consumidor, pois, obriga ao fornecedor a ter uma data de entrega, e veda a possibilidade de fixação de termo inicial que fique a encargo seu, ou seja, ele tem prazo pra entregar e não pode usar de sua discricionariedade no contrato, ele fica vinculado.

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

O texto legal é claro, se o consumidor tem todas as possibilidades de adquirir produto ou serviço o fornecedor é obrigado a cumprir com a sua oferta, não condicionando qualquer outro produto ou serviço à venda de outro.

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços

É dado ao poder judiciário e ao Público, mecanismos de coibir aumento abusivo de preço sem a justa causa, sendo vedado os leoninos, arbitrários e abusivos.

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

Vedada a alteração unilateral dos índices ou fórmulas de reajuste nos contratos de modo diverso do pactuado.

5- RESPONSABILIDADE CIVIL NO CDC

O dano material se caracteriza por um prejuízo sofrido pela vítima no seu patrimônio, de modo que o lesante tem responsabilidade no que tange a esses prejuízos, devendo haver a justa INDENIZAÇÃO.

O dano moral é analisado em sede das conseqüências à ofensa à honra, ao afeto, à liberdade, à profissão, ao respeito, à psique, à saúde, ao nome, ao crédito, sem necessidade de ocorrência de prejuízo econômico, devendo assim haver justa REPAÇÃO ao lesionado pelo lesante.

Como acima explicitado o dano moral e o material se divergem, sendo possível a sua cominação legal.

O consumidor lesionado pode ingressar em juízo para pleitear ação de indenização de dano material assim como reparação por dano moral, em face do fornecedor que responde independentemente de culpa, pois aqui a responsabilidade é objetiva.

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.

Como elemento fundamental para a caracterização da relação de consumo (e por sua vez determinando o agente como consumidor), tem-se a destinação final do produto ou serviço pelo adquirente. Isto porque o art. 2º do CDC enuncia expressamente:

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.

Fica evidenciado através do referido artigo que a *teoria finalista ou subjetiva* foi adotada pela codificação consumerista, que determina que consumidor é aquele que adquirente um produto ou serviço como *destinatário final fático e econômico*.

Destinação final fática é aquela em que o consumidor é o último na cadeia de consumo, ou seja, o produto ou serviço não será repassado adiante. Já a destinação final econômica é aquela em que o consumidor não utiliza o produto ou serviço com a finalidade de lucro.

Porém, a aplicação da teoria finalista não é absoluta, existindo situações em que sua aplicação sem ponderação ocasionaria em latente injustiça, como nos casos das pequenas empresas, empresários individuais e profissionais liberais, que apesar de utilizarem o produto ou serviço com a finalidade de lucro, estes não perdem o caráter vulnerável e muitas vezes hipossuficiente em relação ao fornecedor, isto por conta do desequilíbrio econômico, financeiro, político, social, técnico ou informacional.

Como forma de remediar essas situações, a doutrinadora Claudia Lima Marques desenvolveu a *teoria finalista aprofundada*, em que nos casos de latente desequilíbrio que evidenciarem a vulnerabilidade ou hipossuficiência, haveria uma ampliação do conceito de consumidor.

Vale destacar que uma vez caracterizado o agente como consumidor, este passa a ser tratado como vulnerável de forma absoluta, adquirindo dessa forma todas as garantias protetivas da codificação. Já a hipossuficiência (desequilíbrio econômico, financeiro, político, social, técnico ou informacional) deve ser provada pelo consumidor a fim de garantir o benefício da inversão do ônus da prova constante no art. 6º, inciso VIII do CDC.

Com o objetivo de revisar brevemente o conceito de fornecedor, produto e serviço, temos o art. 3º do CDC que diz:

Art. 3º - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação,

importação, exportação, distribuição ou comercialização de produto ou prestação de serviços.

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

§ 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.

Uma vez identificado claramente os dois lados da moeda, consumidor e fornecedor, e a ação que os conecta, que é a relação de consumo, podemos prosseguir no estudo da responsabilidade civil dos fornecedores nas relações de consumo.

A responsabilidade civil adotada pelo Código de Defesa do Consumidor é a objetiva, ou seja, independe de culpa ou dolo. Em seus artigos 12, 13, 14, 18, 19 e 20, o CDC expõe claramente essa responsabilidade objetiva, inclusive solidária, entre os fornecedores de produto e os prestadores de serviço.

A única exceção constante na codificação é a relacionada aos profissionais liberais que prestam serviço, já que somente respondem mediante prova de culpa (responsabilidade subjetiva). Ela consta no parágrafo 4º do art. 14, conforme transcrito abaixo:

Art. 14 – (...)

(...)

§ 4º - A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

São quatro as situações de responsabilidade civil adotadas pela codificação consumerista:

- Responsabilidade pelo vício do produto (arts. 18 e 19).

- Responsabilidade pelo fato do produto (arts. 12 e 13).
- Responsabilidade pelo vício do serviço (art. 20).
- Responsabilidade pelo fato do serviço (art. 14).

Antes de prosseguirmos aos efeitos práticos, é importante destacar a diferença entre fato e vício do produto ou serviço.

Vício é quando o problema fica limitado ao produto ou serviço, ou seja, não ocasiona prejuízos colaterais. Como exemplo, temos um televisor que ao ser ligado na tomada, queima e deixa de funcionar. Ou a construção de uma calha que não escoar devidamente a água da chuva.

Fato é quando o problema transpõe os limites do produto ou serviço, ou seja, ocasionando prejuízos colaterais, como danos materiais, morais ou estéticos. Como exemplo, temos o mesmo televisor que ao ser ligado na tomada pega fogo, causando um incêndio na residência do consumidor e queimaduras em sua pelé (danos materiais, morais e estéticos). Ou a construção de uma calha que além de não escoar devidamente a água da chuva, por conta do peso acumulado da água não escoada, causa o desabamento de parte do telhado, ferindo ainda o consumidor (danos materiais, morais e estéticos).

Importante destacar que o comerciante não foi incluído como responsável solidário nas situações de fato do produto. Diferentemente do art. 18 do CDC, que coloca de forma ampla a responsabilidade do fornecedor, o art. 12 do CDC expõe de forma taxativa quais fornecedores detém a responsabilidade:

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.

O comerciante somente será responsabilizado pelo fato do produto nos casos elencados no art. 13 do CDC, ou seja, de forma subsidiária, conforme se segue:

Art. 13 – O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando:

I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso.

O parágrafo único mostra-se muito pertinente ao fornecedor que indenizar o consumidor pelo fato do produto, garantindo o direito de regresso frente aos demais fornecedores de acordo com sua participação na causação do evento danoso. Isso significa que aquele que indenizar o consumidor terá o direito de cobrar os valores despendidos dos demais fornecedores conforme sua parcela de responsabilidade.

Superados os conceitos iniciais gerais, vejamos de forma prática cada uma das modalidades de responsabilidade civil constantes no Código de Defesa do Consumidor.

6- VÍCIO DO PRODUTO OU SERVIÇO

No vício do produto, o problema fica limitado ao próprio produto, ou seja, não ocasiona prejuízos colaterais, conforme exposto anteriormente. Dessa forma, a responsabilização do fornecedor somente alcança o valor do bem, não ocorrendo indenizações por outros danos materiais, morais ou estéticos.

O vício de produto é dividido em duas modalidades, vício de qualidade e de quantidade, conforme segue:

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

Ainda, e de forma exemplificativa, o § 6º do mesmo artigo lista algumas situações em que o vício estaria presente:

§ 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.

Em relação aos vícios de quantidade dos produtos, temos o art. 19, *caput*, que diz:

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 (...).

Veja que ambos os dispositivos determinam de forma clara e inequívoca que os fornecedores respondem solidariamente por todo e qualquer vício de qualidade ou quantidade dos produtos comercializados pelos mesmos. Isso significa, de forma sintética, que o comerciante, distribuidor, fabricante, importador ou qualquer outro fornecedor pertencente à cadeia de fornecimento de determinado produto será responsabilizado solidariamente a indenizar o consumidor por eventual dano material.

São duas as exceções que valem destaque quanto à responsabilização solidária entre os fornecedores. A primeira, constante no art. 18, § 5º do CDC, diz que nos casos de fornecimento de produtos *in natura*, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato (comerciante), exceto quando identificado claramente seu produtor. De forma a exemplificar, temos um comerciante de laranjas, que na ocasião de vender uma laranja estragada, será responsabilizado de forma direta e exclusiva, caso não exista selo identificador do produtor colado na fruta, como tantas vezes observamos nos mercados, prática simples que isenta o comerciante da responsabilidade exclusiva referente ao vício do produto.

A segunda exceção consta no art. 19, § 2º do CDC, que diz ser o fornecedor imediato (comerciante) responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais. Novamente temos a exclusão da responsabilidade solidária para a responsabilização individual do comerciante. A título de exemplo, temos as bandejinhas de carne comercializadas nos grandes mercados. O fornecedor da carne não pode ser responsabilizado pelo vício de quantidade em razão do comerciante não ter pesado o produto corretamente.

Uma vez constatado o vício de qualidade, prevê o art. 18, § 1º do CDC que não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

Art. 18 – (...)

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.

São três as observações importantes relacionadas à regra do art. 18.

A primeira refere-se ao prazo máximo de 30 (trinta) dias para o fornecedor solucionar o vício. Consta no § 2º do referido artigo que as partes poderão convencionar a redução ou ampliação do prazo previsto (30 dias), não podendo ser inferior a 7 (sete) nem superior a 180 (cento e oitenta) dias, destacando ainda que nos contratos de adesão, a cláusula de prazo deverá ser convencionada em separado, por meio de manifestação expressa do consumidor.

Importante frisar que o prazo de 30 dias para solucionar o vício do produto é um direito do fornecedor. Caso o consumidor não respeite tal prazo, distribuindo diretamente uma ação requerendo a substituição do produto, restituição da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço, este perderá o direito de pleitear tais medidas, uma vez que seria configurado abuso de direito por parte do consumidor.

Outro ponto importante é a forma que este prazo é contabilizado. Na prática, existem muitos casos em que um mesmo produto é enviado diversas vezes à assistência técnica por vícios de qualidade. Entende-se que o prazo de 30 dias não se interrompe (“zera”) quando o produto é entregue consertado ao consumidor. Pelo contrário, ele é suspenso. Como exemplo, temos um determinado produto que foi encaminhado três vezes à assistência técnica, obtendo dessa forma três diferentes ordens de serviço às quais demoraram dez dias cada para serem

concluídas. Soma-se o tempo de cada uma delas, totalizando 30 dias. Assim, o prazo estipulado para o conserto expira-se, podendo o consumidor pleitear as medidas constantes no art. 18.

A segunda observação importante refere-se aos casos em que este prazo de 30 dias não precisa ser respeitado. As exceções constam no § 3º do art. 18 que autoriza o consumidor a fazer uso imediato das alternativas do § 1º deste artigo (substituição, restituição ou abatimento) sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial. Como exemplo, podemos imaginar um consumidor que acaba de adquirir um carro “zero km”. Ao sair da concessionária o motor trava e acaba fundindo. Neste caso, o encaminhamento do motor à retífica e a consequente substituição de todas as partes e peças afetadas, comprometeria a qualidade e as características do produto, diminuindo-lhe consideravelmente o valor. Dessa forma, poderia o consumidor solicitar diretamente uma das medidas do art. 18, sem conceder prazo de 30 dias para o fornecedor repará-lo.

A terceira e última observação importante referente às medidas do art. 18 refere-se ao seu § 4º que diz que tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo (substituição), e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo (restituição e abatimento).

Exemplificando, caso o fornecedor não tenha um televisor do mesmo modelo para substituir, poderá ele oferecer um televisor de outro modelo ou marca, sendo possível ainda oferecer outro tipo de aparelho, como um home-theater, desde que seja aceito pelo consumidor. Eventuais diferenças de valor entre produtos substituídos deverão ser arcados pelo fornecedor ou pelo consumidor dependendo do caso. Caso o consumidor não aceite a substituição oferecida pelo fornecedor,

pode ele escolher entre as demais medidas, como a restituição dos valores pagos ou o abatimento do valor.

Nos casos de vício de quantidade, as opções do consumidor, que poderá escolher de forma livre e alternativa, estão elencadas nos incisos do art. 19:

Art. 19 – (...)

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.

Note que as opções nos casos de vício de quantidade são muito similares aos concedidos aos casos de vício de qualidade. Inclusive, no caso de o consumidor escolher pela substituição do produto, as regras são as mesmas do art. 18, possibilitando a substituição do produto por outro de modelo, marca ou gênero diverso.

Os prazos para reclamar o vício do produto, seja ele de qualidade ou de quantidade, estão dispostos no art. 26 do CDC:

Art. 26 – O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I – 30 (trinta) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;

II – 90 (noventa) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.

(...)

Perceba que os prazos acima assinalados são decadenciais, o que significa que a omissão do consumidor dentro do prazo estipulado tem como efeito a perda do

direito de reclamar. Para entendermos corretamente o dispositivo, devemos compreender a diferença entre bens não duráveis e bens duráveis:

- Bens não duráveis – São aqueles que desaparecem facilmente com o consumo. Ex. Alimentos, produtos de limpeza, combustíveis, etc.
- Bens duráveis – São aqueles que não desaparecem facilmente com o consumo. Ex. Imóveis, automóveis, eletrodomésticos, eletrônicos, roupas, etc.

Quanto ao início da contagem dos prazos, temos o seguinte:

Art. 26 – (...)

(...)

§ 1º - Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

(...)

§ 3º - Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

A codificação diferencia a regra entre vício aparente e vício oculto. Novamente, apontarei de forma breve e sucinta a diferença entre elas.

§Vício aparente e de fácil constatação – É aquele perceptível de imediato, como por exemplo, um televisor que a tela está riscada, ou o eletrônico que não liga.

§Vício oculto – É aquele imperceptível de imediato, ocorrendo no decorrer do uso do bem, como por exemplo, um eletrônico que durante o uso percebemos que a bateria está viciada (efeito memória), não efetuando a adequada recarga. Ou ainda o televisor que desliga sozinho após algum tempo de uso contínuo.

Portanto, nos casos de vício aparente, o prazo inicia-se na entrega do produto ao consumidor, enquanto que nos casos de vício oculto, o prazo inicia-se no momento em que é constatado o defeito.

Ainda em relação à forma da contagem, temos o § 2º do art. 26 que diz:

Art. 26 (...)

(...)

§ 2º - Obstam a decadência:

I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II – (vetado);

III – a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

Aqui existe uma discussão doutrinária no entendimento se o prazo interrompe (“zera”) ou se suspende (para e depois continua de onde parou). E minha opinião, o entendimento suspensivo parece mais razoável, uma vez que o prazo do fornecedor para a reparação do vício do produto tem caráter suspensivo.

Percebemos então que o art. [26](#) do [CDC](#) trata da garantia legal, ou seja, independe da garantia contratual. Todo produto comercializado necessariamente é coberto pela garantia legal, sendo proibido qualquer tipo de cláusula contratual ou política comercial que faça com que o consumidor renuncie a tal direito.

A responsabilidade civil solidária dos fornecedores abrange somente a garantia legal. Nos casos de garantia contratual, aquela constante nos manuais dos produtos, com larga publicidade nos veículos de comunicação (caso das garantias de 1 ano, 5 anos, etc.), somente será responsável aquele que o pactuou. Por exemplo, os televisores comercializados nos grandes magazines em que o fabricante oferece 3 anos de garantia. A responsabilidade sobre o produto será somente do fabricante passados os 90 dias da garantia legal. O magazine somente poderá ser responsabilizado na constância da garantia legal. Outro ponto

importante a ser esclarecido é que a garantia contratual somente inicia-se após o decurso da garantia legal.

Cabe destacar que as situações constantes no parágrafo 3º do art. 12 do CDC também excluem a responsabilidade do fornecedor:

Art. 12 – (...)

(...)

§ 3º - O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Raciocínio lógico, uma vez que o fornecedor não poderia ser responsabilizado nos casos em que não colocou o produto no mercado, nos que o defeito inexiste, ou ainda nos corriqueiros casos de mau uso do produto por parte do consumidor.

Responsabilidade civil pelo fato do produto

Como antes exposto, no fato do produto (ou defeito do produto) ocorre um problema que transpõe os limites do produto ocasionando prejuízos colaterais, como danos materiais, morais e estéticos, sendo estes de responsabilidade objetiva do fornecedor conforme disposto no art. 12 do CDC. Além disso, há a responsabilidade subsidiária do comerciante ou de qual o substitua nos casos elencados no art. 13, garantindo ainda o direito de regresso do fornecedor em favor de quem causou o prejuízo de acordo com sua parcela de responsabilidade, sendo vedada a denúncia da lide para o exercício desse direito de regresso, podendo ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos (art. 88 do CDC).

Uma vez constatado o fato do produto, o consumidor prejudicado poderá distribuir uma ação de reparação de danos em face do fornecedor causador do prejuízo. O prazo prescricional para tal demanda é de 5 (cinco) anos, iniciando a contagem do

prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria, conforme disposto no art. 27 do CDC. Na prática entende-se que o prazo inicia-se a partir do conhecimento do dano *ou* de sua autoria. Vale destacar que o prazo tem início não da ocorrência do fato danoso, mas sim da ciência do prejuízo.

De forma a determinar o que é produto defeituoso, o legislador exemplificou no art. 12, em seu parágrafo 1º:

Art. 12 – (...)

(...)

§ 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.

(...)

Esclarece ainda o parágrafo 3º do mesmo artigo que o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

A exclusão da responsabilidade do fornecedor nos casos de produto defeituoso opera-se da mesma maneira dos casos de vício de produto, ou seja, através do parágrafo 3º do art. 12, transcrito anteriormente.

7- EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR

O Código de Defesa do Consumidor previu, de maneira expressa, as eximentes elencadas em seu corpo normativo (art. 12, § 3º, no que diz respeito produtos e art. 14, § 3º, no que diz respeito serviços). Em face desta expressa determinação legal, diversos doutrinadores entendem que não cabe perquirir sobre outras possíveis causas excludentes da responsabilidade do fornecedor. Outros defendem que não se pode ir além das eximentes expressamente tratadas na lei consumerista porque a responsabilidade civil definida pelo Código de Defesa do Consumidor abraçou a teoria do risco integral, com o que, com a devida vênia, não concordamos.

De toda sorte, abordaremos cada uma das excludentes expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor, sua amplitude e compreensão dentro do contexto da moderna doutrina consumerista brasileira.

Não colocação do produto no mercado

É importante destacar inicialmente que há uma presunção legal de que o produto colocado em circulação foi introduzido na cadeia de consumo pelo fornecedor, contudo, esta presunção pode ser ilidida pela contraprova.

A toda evidência que, se o fornecedor enquanto fabricante, construtor, produtor ou importador, não introduziu no mercado de consumo o produto viciado ou defeituoso, não poderá ser responsabilizado pelos danos dele decorrente.

Situações que podem ser excepcionadas são aquelas decorrentes de roubo ou furto de produto defeituoso, desde que não se possa culpar o fornecedor em virtude da culpa *in vigilando* ou *in eligendo*. Outra situação possível de exemplificar como excludente é a que se refere a produtos falsificados, em que marca e sinais são adulterados e colocados em produtos que são comercializados em detrimento, tanto do fornecedor quanto do consumidor.

Ao fazer suas considerações sobre as causas de exclusão da responsabilidade ora em comento, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin preleciona que “*é até supérfluo dizer que inexistente responsabilidade quando os responsáveis legais não colocaram o produto no mercado*”, porque não haveria nexos causal entre o prejuízo sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor, concluindo ao depois, que esta regra fica mais evidente quando se trata de “*produtos falsificados que trazem a marca do responsável legal ou, ainda, para os produtos que, por ato ilícito (roubo ou furto, por exemplo), foram lançados no mercado*”.

O magistrado Rizzato Nunes considera que no primeiro exemplo não haveria excludente porquanto sempre seria possível enquadrar o fato na culpa *in vigilando* ou *in eligendo*, quando então, não caberia indagar sobre a culpa já que a responsabilidade é objetiva. Para aquele mestre, a única exceção é no que diz respeito aos produtos falsificados, até por tornar o fornecedor parte ilegítima para figurar no polo passivo, porquanto é o vendedor quem deve ser responsabilizado, tanto na órbita do direito penal quanto civil.

Nosso entendimento segue na direção de que, se o fornecedor não colocou o produto no mercado de consumo, não poderá ser responsabilizado pelos eventuais danos causados a consumidores porquanto a lei é clara ao fixar que o fornecedor poderá ser exonerado se provar que “*não colocou o produto no mercado*” (art. 12, § 3º, I, da lei 8.078/90). Logo, se o produto foi colocado no mercado de consumo à revelia do fornecedor, seja por ter sido furtado ou roubado, seja por ser produto falsificado ou pirateado, e depois venha a causar danos à consumidores, a toda evidência, não haverá de ser responsabilizado o fornecedor que em nada contribuiu para o evento danoso que se procure reparar.

Inexistência do defeito apontado

O dever de indenizar, quando falamos do fato do produto ou de serviço, tem como pressupostos a existência de um “defeito” e a ocorrência de um “dano” relacionado ao defeito apontado. Por conseguinte, se o produto não apresentar nenhum defeito que possa diminuir-lhe as qualidades ou quantidades, não causando nenhum dano ao consumidor, não se poderá falar em indenização.

Preleciona o jovem desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que “*não basta que os danos sofridos pelo consumidor tenham sido causados por um determinado produto ou serviço. É fundamental ainda que esse produto ou serviço apresente um defeito, que seja a causa dos prejuízos sofridos pelo consumidor*”, para depois concluir que “*o defeito do produto ou do serviço aparece como um dos principais pressupostos da responsabilidade do fornecedor por acidentes de consumo*”.

Conforme o escólio de Fábio Ulhoa Coelho, no caso de inexistência de defeitos, caberia ao “*empresário demonstrar que o produto fornecido ao mercado não apresentava qualquer impropriedade, seja na concepção, execução ou comercialização*”.

Significa dizer que, à luz do Código de Defesa do Consumidor, principalmente em se tratando de fato do produto ou do serviço, a responsabilização do fornecedor é objetiva. Conseqüentemente, o consumidor, em ação de responsabilidade civil decorrente de acidente de consumo, somente precisará provar a existência do dano e o nexo causal que o liga ao produto ou serviço que adquiriu.

Da culpa exclusiva da vítima ou de terceiro

As hipóteses assinaladas no inciso III, § 3º do artigo 12, da Lei nº 8.078/90, assim como no inciso II, § 2º do artigo 14, exclui a responsabilidade do fornecedor, se ficar provado que o acidente de consumo se deu em razão da culpa exclusiva da vítima ou por ação exclusiva de terceiro, porquanto não haveria nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo consumidor e a atividade do fornecedor do produto ou serviço.

Neste caso o que o Código prevê é a possibilidade de exclusão de responsabilidade decorrente do uso inadequado de produto seja pelo próprio adquirente, seja por terceira pessoa. Mas não é somente o uso inadequado que poderá exonerar o fornecedor do dever de indenizar, pois poderão ocorrer também outras hipóteses, tais como: o consumidor ser negligente ao manusear o produto; não seguir as instruções de uso; entregar o produto para uso a pessoa não recomendada; consumir o produto com validade vencida, dentre outras.

Conta-se que nos Estados Unidos da América, uma senhora, após dar banho em seu gatinho, o teria colocado para secar dentro do forno microondas. Resultado da experiência: o gatinho teria explodido. Nestas circunstâncias, resta evidente a irresponsabilidade do fornecedor pelo ocorrido, que somente aconteceu em face do uso do produto para fins que não é recomendado.

Com relação aos serviços vejamos a relação de transportes. A responsabilidade do transportador é objetiva, secundo o art. 734 do Código Civil. Além disso, a relação entre o transportado e o transportador é uma relação de consumo logo se aplica, subsidiariamente, o Código de Defesa do Consumidor que prevê que a responsabilidade é objetiva em face de danos ocorridos por falha na prestação dos serviços. Apesar de não haver dúvidas quanto ao fato da responsabilidade ser objetiva com relação às empresas de transportes, não se pode responsabilizar, por exemplo, as empresas ferroviárias pelos acidentes ocorridos com os chamados “surfistas ferroviários”.

Nos dois exemplos apresentados é forçoso reconhecer que, se o usuário por moto próprio resolve exacerbar os riscos, expondo-se a acidentes que, em condições normais, o produto ou serviço não ofereceria, não se pode responsabilizar o responsável pela atividade na exata medida em que, tendo ocorrido acidente, o mesmo não decorreu dos riscos da atividade oferecida, mas sim em face do uso inadequado promovido pelo próprio acidentado.

Já fizemos este alerta, porém cabe repetir: O Código de Defesa do Consumidor não proíbe o fornecimento ou comercialização de produtos ou serviços perigosos, apenas exige do fornecedor que sejam ofertadas ao consumidor, de forma clara, correta, ostensiva, precisa e em língua portuguesa, com todas as informações de uso adequado do produto ou serviço (art. 31 do CDC). Se o consumidor é negligente, não se pode premiar sua falta de diligência, responsabilizando que não contribuiu para o evento danoso.

No que diz respeito ao terceiro, necessário se faz que seja pessoa estranha à relação de consumo, entabulada entre o consumidor e o fornecedor. Isto é, não pode ser enquadrado como terceiro o empregado, o preposto ou o representante

autônomo; Da mesma forma o comerciante varejista ou atacadista de que trata o Código de Defesa do Consumidor (art. 13), não poderá ser considerado terceiro porque é parte integrante do ciclo de fornecimento do produto ou do serviço.

Esclareça-se por fim que, pelo disposto no art. 34, do mesmo diploma legal, o fornecedor de produtos ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos, assim como, a norma do art. 7º, § único e o art. 25, § 1º estipula que, na eventualidade de mais de um causador do dano, todos deverão responder solidariamente. Assim, também por este prisma, o comerciante não pode ser considerado terceiro.

Outras possíveis excludentes (não previstas no CDC)

A regra geral, prevista no Código de Defesa do Consumidor e conforme já frisamos, é a que somente prevê a exclusão da responsabilidade em face das eximentes expressamente previstas em seu corpo normativo (art. 12, § 3º e 14, § 3º), contudo, alguns doutrinadores tem se posicionado no sentido de ser, perfeitamente possível, o abrandamento de tal rigor, considerando outras eventuais hipóteses de exclusão de responsabilidade, tais como o caso fortuito ou força maior, riscos de desenvolvimento e exercício regular de direito, além de considerar possível a redução do valor indenizatório quando se puder provar a culpa concorrente da vítima, razão porque, neste capítulo, abordaremos, de maneira distinta, cada uma destas eximentes.

Culpa Concorrente

Embora o Código de Defesa do Consumidor não faça nenhuma menção à culpa concorrente, seja da vítima seja do terceiro, somos de entendimento que é perfeitamente possível a aplicação de tal preceito com o fito de minorar o dever de indenizar por acidentes de consumo decorrente do fornecimento de produtos ou serviços. Tal decorre do fato de que não há nenhuma incompatibilidade com as regras consumeristas, a aplicação desta minorante.

E assim pensamos, porque é perfeitamente possível que o consumidor possa contribuir para que a fruição do produto ou de serviço possa ser realizada de

maneira inadequada, vindo a gerar um dano, quando então, não se poderia responsabilizar exclusivamente o fornecedor. Nesse norte, cabe também destacar que o Código de Defesa do Consumidor não trata da culpa concorrente, seja do utende ou adquirente, seja de terceiro. Nestes casos, contudo, cabe aplicar por analogia o Código Civil e, embora não possa ser considerada uma eximente, deve concorrer para minorar a responsabilidade do fornecedor.

Nesta mesma linha de pensar, Alberto do Amaral Junior afirma que “*o concurso de culpa do consumidor lesado produz, como consequência, a redução do montante a ser pago a título de ressarcimento*”. Também o magistrado Paulo de Tarso Vieira Sanseverino para quem a “*culpa concorrente do ofendido deverá ser valorada no momento da fixação do valor da indenização*”, concluindo em seguida que tanto na indenização por danos materiais quanto por danos morais, “*o juiz, no momento do arbitramento, deverá valorar a culpa concorrente do consumidor como uma das circunstâncias mais expressivas para a fixação do montante indenizatório*”.

Outros doutrinadores brasileiros têm defendido a mesma tese e, por ilustrativo, trazemos à colação a lição do mestre Carlos Alberto Bittar que, prelecionando sobre a matéria, deixou assentado: “*havendo culpas concorrentes, poderão forrar-se à reparação na proporção em que provarem a culpa do consumidor*”. Da mesma forma João Batista de Almeida considera que “*a culpa concorrente não a exclui (a responsabilidade) mas conduz a uma redução do ‘quantum’ indenizatório*”.

Assim, não se admitir esta minorante, vai contra o senso do direito e da justiça porquanto não se pode admitir que quem cause, culposamente, um dano a si mesmo, venha a se beneficiar da integralidade indenizatória se para o evento lesivo veio a concorrer.

Do caso fortuito e da força maior:

Devemos destacar inicialmente, que tanto o novo Código Civil quanto o de 1916, quando trata de responsabilidade civil objetiva, prevê “*hipóteses que excluem a responsabilidade objetiva, que são o caso fortuito, a força maior, a culpa exclusiva*

da vítima e o fato de terceiro”, conforme tivemos oportunidade de enfatizar em nossa obra sobre danos morais.

Da mesma forma, o mestre Roberto Senise Lisboa, em sua obra sobre direito civil, preleciona que “*as excludentes da responsabilidade civil são: a culpa exclusiva da vítima, a culpa exclusiva de terceiro, a força maior e o caso fortuito*”, fazendo depois ressalva tão somente quanto ao chamado risco exacerbado, quando então, as excludentes se limitariam a tão somente duas hipóteses que são a culpa exclusiva da vítima e a força maior.

Quando adentramos em seara consumerista, verificamos que o Código de Defesa do Consumidor não considera, de forma expressa, como eximentes o caso fortuito ou a força maior (a teor do que dispõe os já mencionados art. 12, § 3º e art. 14, § 2º, da lei 8.078/90).

Doutrinando sobre a matéria, e agora tratando especificamente de direito do consumidor, o mestre Senise é peremptório ao afirmar que “*o microsistema é incompatível com as normas do sistema civil que exoneram a responsabilidade por caso fortuito ou força maior*”. E, assim o faz, após tecer considerações no sentido de que a lei do consumidor é silente quanto à matéria, portanto, não deveriam ser aplicadas as normas do Código Civil, porque na interpretação das normas restritivas de direito não pode o interprete querer alargar a aplicação da norma, devendo se ater a sua forma declarativa ou estrita.

Mesma opinião é partilhada pelo magistrado Rizzatto Nunes, que de forma mais contundente, afirma que o legislador ao utilizar o advérbio “só”, para discriminar as excludentes do § 3º do art. 12 (produtos) e do § 2º do art. 14 (serviços), não deixou nenhuma margem de dúvida, sendo taxativo, logo, não cabendo perquirir sobre nenhuma outra excludente que não as expressamente elencadas nos referidos parágrafos.

De outro lado, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin tem entendimento divergente no tocante à matéria. Segundo o nobre jurista, com a autoridade de quem foi um dos elaboradores do anteprojeto do código consumerista, a regra geral no

direito pátrio é que o caso fortuito e a força maior excluem a responsabilidade civil, concluindo que, se o Código de Defesa do Consumidor não os elenca como excludentes, também não os nega, razão porque entende que o caso fortuito e a força maior afastam o dever de indenizar.

Da mesma forma Jaime Marins que, embora fazendo uma distinção no que diz respeito a força maior, se ocorrente na cadeia de produção ou após a introdução do produto no mercado, defende que a força maior e o caso fortuito devam ser aceitas como exoneradora da responsabilidade civil, na exata medida em que afastam o nexo de causalidade, indispensável para que haja responsabilização civil.

Embora advirta que o caso fortuito e a força maior não estão entre as causas eximentes da responsabilidade pelo fato de produto, Zelmo Denari ressalva que “*a doutrina mais atualizada já se advertiu de que esses acontecimentos – ditados por focas físicas de natureza ou que, de qualquer forma, escapam ao controle do homem – tanto podem ocorrer antes como depois da introdução do produto no mercado de consumo*”, para concluir, apoiando-se em Jaime Marins, que no segundo caso, quando a ocorrência aconteceu após a introdução do produto no mercado, aplicar-se-ia as excludentes porquanto, o nexo de causalidade ter-se-ia rompido.

Nosso entendimento segue na direção da aceitação da tese pelo acolhimento do caso fortuito e da força maior como excludentes da responsabilidade civil do fornecedor, na exata medida em que se deve compreender a lei consumerista, como legislação destinada a proteger as relações de consumo e, não exclusivamente o consumidor, de tal sorte que, ocorrido o fato imprevisível e inevitável, após a colocação do produto ou serviço no mercado de consumo, haveria a quebra do nexo causal, não se podendo responsabilizar o fornecedor por evento que não deu causa, nem tinha como prever ou evitá-lo.

Não é por outra razão que João Batista de Almeida vaticina: “*Apesar de não prevista expressamente na Lei de proteção, ambas as hipóteses possuem força liberatória e excluem a responsabilidade, porque quebram a relação de causalidade entre o defeito do produto e o dano causado ao consumidor*”. Para não deixar dúvida quanto

ao seu posicionamento, renomado mestre exemplifica: *“Não teria sentido, por exemplo, responsabilizar-se o fornecedor de um eletrodoméstico, se um raio faz explodir o aparelho, e, em consequência, causa incêndio e danos aos moradores: inexistiria nexo de causalidade a ligar eventual defeito do aparelho ao evento danoso”*.

É interessante destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com relação aos serviços, já pacificou a matéria, admitindo as excludentes de caso fortuito ou força maior, a partir do voto do E. Ministro Eduardo Ribeiro, que na condição de relator, decidiu questão acerca de prestação de serviço e, conforme ementa que se colaciona, assim decidiu: *“O fato de o art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor não se referir ao caso fortuito e à força maior, ao arrolar as causas de isenção de responsabilidade do fornecedor de serviços, não significa que, no sistema por ele instituído, não possam ser invocadas. Aplicação do art. 1.058 do Código Civil”* (a referência é ao Código de 1916, correspondente ao atual art. 393).

A nosso sentir o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria do risco da atividade como pressuposto para responsabilizar o fornecedor, conseqüentemente justifica-se a aplicação subsidiária dos princípios esculpidos no Código Civil naquilo em que a lei consumerista for omissa. Daí, conclusão que exsurge é que as excludentes força maior e caso fortuito são plenamente aplicáveis em seara consumerista.

Riscos de Desenvolvimento

Questão das mais controvertidas é saber se é possível excluir a responsabilidade do fornecedor pelos acidentes de consumo decorrentes de produtos que venham a lesionar o consumidor, nos casos em seria impossível prever a lesividade do mesmo, seja porque o empresário tenha seguido todos os cuidados técnicos necessários para a apresentação do produto no mercado, seja por desconhecimento técnico dos efeitos que tais produtos pudessem oferecer ao consumidor à época de sua colocação no mercado.

Observe-se que é perfeitamente possível ocorrer que, com os conhecimentos científico disponíveis em dado momento, se possa garantir que determinado produto é seguro, ou que, ainda não se tenha total certeza, é possível informar ao consumidor das eventuais hipóteses de acidentes. Nestas circunstâncias, *“ao fornecer no mercado consumidor produto ou serviço que, posteriormente, apresenta riscos cuja potencialidade não pôde ser antevista pela ciência ou tecnologia, o empresário não deve ser responsabilizado com fundamento nem na periculosidade (pois prestou informações sobre os riscos adequados e suficientes), nem na defeituosidade (porque cumpriu o dever de pesquisar)”*, é o que preleciona o mestre Fábio Ulhoa Coelho.

Os doutrinadores que defendem a exclusão da responsabilidade dos fornecedores pelos riscos de desenvolvimento, em sua grande maioria, escudam-se nos ensinamento de Jaime Marins que se abeberando na doutrina de Angel Rojo y Fernandez afirmou que *“o limite da previsibilidade exclui a obrigação de reparar aqueles eventos danosos que no momento da comercialização do produto não houveram podidos ser previstos de acordo com o nível de conhecimento científico e técnicos existentes nesse momento, chegando mesmo a possibilitar que se afirme tratar de hipótese de caso fortuito, liberador da responsabilidade”*.

Contudo, Rizzatto Nunes assevera que tais disposições estão diretamente ligadas ao tipo previsto no art. 64 do Código de Defesa do Consumidor, valendo apenas, no que diz respeito às sanções penais já que, para aspectos civis, a situação se resolveria a partir da responsabilidade objetiva do fornecedor, assumindo assim, uma posição em sentido contrário à aceitação dos riscos de desenvolvimento.

Da mesma forma, o magistrado paulista Sílvio Luís Ferreira da Rocha, para quem, se o defeito existia no momento em que o produto foi colocado no mercado, e tão somente os conhecimentos científicos existentes à época não o permitiam detectar, não poderia autorizar a exclusão da responsabilidade do fornecedor, porquanto para ser aceita tal hipótese, o Código de Defesa do Consumidor deveria tê-la expressamente consignada entre as eximentes estatuídas no art. 12, § 3º, da lei em comento.

Reforçando a tese contrária a aceitação da teoria do risco de desenvolvimento, e cobrando mudança legislativa para aclarar a questão, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino preleciona que *“embora seja inaplicável a eximente dos riscos de desenvolvimento no direito brasileiro, consideramos que o legislador brasileiro deveria regular com maior clareza essa importantíssima questão, afastando-a (ou admitindo-a) expressamente do sistema”*.

Em nossa opinião, em que pese o Código de Defesa do Consumidor não ter previsto expressamente o risco de desenvolvimento como excludente do dever de indenizar, é possível cogitar-se desta eximente a partir da análise do contido no art. 10 da lei consumerista porquanto ao fazer previsão de que *“o fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”*, deixa antever a possibilidade de que, se não seria possível antever os riscos, no caso de sua ocorrência, a exigência seria somente aquela prevista no § 1º do artigo supra citado que estabelece o dever de informar às autoridades competentes e aos fornecedores do conhecimento, à posteriori, dos riscos que o produto ou serviço oferece.

Logo, de se concluir que o dever imposto ao fornecedor de produto ou serviço, que venha a apresentar riscos após sua inserção no mercado de consumo, se circunscreve ao dever de prestar a devida informação. Assim, se o fornecedor atendeu adequadamente o prescrito em lei, não há falar-se em dever de indenizar eventuais danos sofridos pelos consumidores em face de o fornecedor ter se desincumbido do mister de informar.

Tal não ocorreria se não tivesse sido vetado o artigo 11 da lei consumerista, o que lamentamos, que obrigava a retirada do produto ou serviço do mercado de consumo, sempre que nocivo ou perigoso, às expensas do fornecedor, e previa também, a responsabilidade pela reparação dos eventuais danos causados aos consumidores.

Exercício regular de um direito

Também no que se refere a este instituto, o Código de Defesa do Consumidor foi silente, contudo, é nosso entendimento que, por analogia, aplicar-se-ia

subsidiariamente as normas contidas no Código Civil, excluindo-se o dever de indenizar.

Exemplo ilustrativo é aquele decorrente da inscrição do nome do devedor nos bancos de dados e cadastro de consumidores. Se a inscrição se faz atendendo os ditames do art. 43 do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor terá agido dentro dos limites de seu direito de agir, logo não podendo ser responsabilizado pelos danos, que a toda evidência, termina por impor ao consumidor com tal inscrição.

Da mesma forma, ocorrendo o inadimplemento e a mora, o envio de título para cartório de protesto, com a conseqüente inclusão do nome do devedor em banco de dados, ainda que cause transtornos, dissabores e prejuízos ao consumidor, também deve ser considerado exercício regular de direito do credor.

O mestre Senise admite o exercício regular de um direito como forma de exonerar responsabilidades quando trata das excludentes de responsabilidade subjetiva. Assim, renomado autor considera que nas relações de consumo, nos casos que envolvam o profissional liberal, dentre outros, tal excludente pode ser admitida.

A nosso sentir, mesmo quando se tratar de responsabilidade objetiva, é cabível argüir o exercício regular de direito como forma de exoneração da responsabilidade de indenizar, por parte do fornecedor. Utilizando-se do exemplo fornecido pelo professor Rizzato Nunes, temos que frente ao consumidor inadimplente, o credor tem o direito de cobrar seu crédito garantido. Somente não o poderá fazer com abusividade. Pode até 'ameaçar', *“desde que tal ameaça decorra daquele regular exercício de cobrar; por exemplo, o credor remete carta ao devedor dizendo (ameaçando) que irá ingressar com ação judicial para cobrar o débito”*. Da mesma forma, o credor tem o direito de protestar o cheque, enviar o nome do devedor para o Serasa e CPC bem como adotar formas de cobrança judicial e extrajudicial para ver garantido o eventual direito de recebimento de seus créditos.

8- PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA NO CDC

Iniciemos com a transcrição dos artigos sob estudo.

SEÇÃO IV

DA DECADÊNCIA E DA PRESCRIÇÃO

Art. 26 - O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - 30 (trinta) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto não duráveis;

II - 90 (noventa) dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produto duráveis.

§1º - Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§2º - Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado.)

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§3º - Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

Art. 27 - Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Parágrafo único - (Vetado.)

A Relevância Jurídica do Decurso do Tempo:

O Fluir do tempo gera efeitos jurídicos relevantes para o direito. Constitui fato jurídico ordinário, constitui causa aquisitiva ou extintiva de direitos.

No aspecto extintivo, temos a "pretensão liberatória" no dizer de Orlando Gomes (*"Introdução ao Direito Civil" 12ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1996*). O fluir do tempo, aliado a inatividade do seu titular constitui fato jurisformizado pelo direito com vistas à estabilidade e segurança das relações jurídicas. Neste sentido, teremos a base da decadência e prescrição, os principais institutos dessa esta forma extintiva de operar o decurso temporal.

Poderíamos citar um diverso número de características peculiares a cada instituto, e também inúmeras distinções entre um e outro; já que a doutrina, neste particular, é abundante. No entanto, fiquemos com algumas, de maior interesse no que adiante vamos discutir.

O Direito caduca, a pretensão prescreve. No caso específico do CDC, a decadência atinge o direito de reclamar, a prescrição afeta a pretensão à reparação pelos danos causados pelo fato do produto ou do serviço. A decadência afeta o direito de reclamar, ante o fornecedor, quanto ao defeito do produto ou serviço, ao passo que a prescrição atinge a pretensão de deduzir em juízo o direito de ressarcir-se dos prejuízos oriundos do fato do produto ou do serviço.

A decadência supõe um direito em potência, a prescrição requer um direito já exercido pelo titular, mas que tenha sofrido algum obstáculo, dando origem à violação daquele direito.

A prescrição não fere o direito em si mesmo, mas sim a pretensão à reparação. Segundo Serpa Lopes (*Curso de Direito Civil*, vol. 1, 7ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1989), "**o que se perde com a prescrição é o direito subjetivo de deduzir a pretensão em juízo, uma vez que a prescrição atinge a ação e não o direito.**"

O CDC separou as duas realidades. Tratou da decadência no art. 26 ("**O direito ... caduca...**") e da prescrição no art. 27 ("**Prescreve ... a pretensão**")

PRAZOS PARA RECLAMAR E PRETENDER A REPARAÇÃO DE DANOS

Prazo é o lapso de tempo, período fixado na lei entre o termo inicial (**dies a quo**) e o termo final (**dies ad quem**), cujo implemento vem a constituir o fato jurídico, **in casu**, decadencial ou prescricional, extintivo de direito.

Convém salientar que os prazos decadenciais e prescricionais do CDC são de ordem pública e, portanto, inalteráveis pela vontade das partes.

Há prazos gerais fixados no Código Civil e prazos especiais fixados nesse mesmo Código e na legislação extravagante em relação a ele, como é o caso do CDC..

PRAZOS DECADENCIAIS NO CDC, SUAS ESPECIFICIDADES

O CDC nos apresenta alguns prazos, como:

- 30 dias: para reclamar de vícios aparentes e de fácil constatação no fornecimento de serviços e produtos não duráveis. (art. 26, I)
- 90 dias: na mesma hipótese para serviços e produtos duráveis. (art. 26, II)

Aqui, ocorre uma sensível ampliação em relação ao prazo para reclamar dos vícios redibitórios na forma como disciplinado pelo CC, o qual estabelece o prazo de 15 dias no art. 178, § 2º, e pelo Código Comercial, 10 dias, art. 211.

O tratamento também é diverso no que se refere ao **dies a quo**. Vejamos: O início da contagem do prazo decadencial se dá com a entrega efetiva do produto, ou término da execução dos serviços, ao passo que no Código Civil e Comercial o prazo se inicia com a mera tradição. Analisaremos adiante o conceito de "entrega efetiva".

O prazo decadencial que estudamos é o prazo para que o consumidor reclame, objetivando seja sanado o vício, junto ao fornecedor ou ao Poder Judiciário, como, também adiante, veremos.

Produtos e Serviços Duráveis e Não Duráveis:

O critério aqui utilizado para assinalar diferentes prazos decadenciais é mais consentâneo com o Direito do Consumidor do que o critério da mobilidade utilizado pelo CC (móvel, 15 dias art. 178, § 2º, imóvel 6 meses, art. 178, § 5º, IV).

A Classificação difere da do CC. Aqui durável guarda certa analogia com consumível (art. 51, CC). Não durável é aquele cujo uso ou consumo importa imediata destruição da sua própria substância, bens (produto ou serviço) se exaurem no primeiro uso ou em pouco tempo.. Serviço não durável é aquele que se extingue com sua própria execução (Ex. serviço de limpeza). Ao passo que duráveis são aqueles produtos, cujo consumo não importa destruição, serviços que persistem após sua execução.

Entrega Efetiva

A tradição efetiva se opera no momento em que o consumidor tenha recebido o produto e tenha condições de verificar a ocorrência do possível vício.

Pode ainda restar dubiedade neste termo, no caso, por exemplo, do preposto receber na residência do consumidor impossibilitado de fazê-lo pessoalmente e só posteriormente ao decurso do prazo decadencial venha efetivamente receber o produto. São entretanto, casos para que a doutrina e a jurisprudência no caso concreto, possa deslindar.

Para nós importa compreender a ***mens legis***, do dispositivo legal, ao utilizar a expressão "entrega efetiva", a qual parece-nos ser a de fornecer o contraponto entre a possibilidade do consumidor constatar o vício eventualmente existente ***versus*** a passividade do consumidor, sua inércia frente à constatação do vício. Uma ou outra hipótese só fica perfeitamente delineada, na prática, analisando-se o caso concreto.

9- DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

"Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§1º. (VETADO)

§2º. As sociedades integrantes dos grupos de sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§3º. As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste Código.

§4º. As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§5º. Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores."

Nota-se logo de início que referido dispositivo traz em seu bojo um conceito diferente da tradicional *Disregard Doctrine*, tão consagrada em nosso ordenamento jurídico, cujo objetivo primordial é justamente proteger toda a ordem social do uso nocivo da personalidade jurídica.

Sendo assim, o entendimento trazido no CDC amplia o rol de aplicação da teoria, abarcando em seu conceito, hipóteses em que há responsabilidade pessoal de integrantes de sociedades, bem como responsabilidade subsidiária e solidária entre grupos de empresas, que notoriamente não são casos de superação da personalidade jurídica.

De toda maneira, percebe-se claramente que tal dispositivo visa proteger o consumidor, assegurando-lhe livre acesso aos bens patrimoniais dos administradores sempre que o direito subjetivo de crédito resultar de quaisquer das práticas abusivas nele arroladas.

Partindo desses pressupostos, é importante mencionar a polêmica envolvendo o veto do §1º e da eficácia do §5º do artigo 28 do CDC, que até os dias atuais traz muita discussão no mundo jurídico.

O §1º do artigo 28 foi vetado pelo Presidente da República e trazia em sua redação a seguinte disposição:

"§1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram."

Pelas razões de veto, o Presidente considerou que "o caput do artigo 28 já continha todos os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica."

Para Rizzatto Nunes, o veto deste parágrafo foi correto, por não ter alterado a eficácia da norma, pois, nas suas próprias palavras, "é evidente que o juiz, ao desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica, o fará para atingir a pessoa dos sócios e/ou responsáveis por ela", considerando seu dispositivo, portanto, redundante.

Todavia, em que pese tais considerações, muitos doutrinadores entendem que o veto não deveria ter recaído sobre o § 1º mas sim sobre o § 5º do CDC, que assim dispõe:

*"§5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, **obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.**"*

Pela análise deste artigo, muitos doutrinadores, como Zelmo Denari (um dos autores do anteprojeto), entendem que seus fundamentos estariam em contradição com o caput do artigo 28, na medida em que estaria generalizando a aplicação da teoria, pois este autoriza a desconsideração sempre que houver um "obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores", desprezando, dessa maneira, os pressupostos de fraude e de abuso do direito previstos no caput.

Nesse mesmo sentido, Luciano Amaro considera que se referido parágrafo for aplicado literalmente tornaria dispensável o *caput*, tornando, até mesmo, inócua a teoria da desconsideração, conferindo caráter ilimitado à responsabilidade dos sócios de qualquer sociedade em uma relação de consumo.

Segundo ele, a única solução para dar validade a este parágrafo seria considerar que *"no embate entre o parágrafo e o caput, se um tiver de ceder, será o parágrafo e não o caput. Na tentativa de conciliarmos os preceitos, há de entender-se o § 5º como uma abertura do rol de hipóteses do caput, sem prejuízo, porém dos pressupostos teóricos da doutrina que o dispositivo visou a consagrar"*. Ou seja, para ele o §5º seria apenas uma espécie de adendo ao rol de hipóteses do *caput*, devendo sempre serem levados em consideração os pressupostos teóricos da teoria da desconsideração, entendimento este compartilhado pelo professor Fabio Ulhoa Coelho.

No entanto, o professor Rizzatto Nunes ensina que o objetivo do §5º é deixar patente que as hipóteses que permitem a desconsideração, previstas no *caput*, são meramente exemplificativas, pois o intuito dessa norma é, acima de tudo, garantir sempre o ressarcimento do consumidor pelos danos provocados pelo fornecedor.

Ou seja, nas suas próprias palavras, *"pela redação do § 5º basta o dado objetivo do fato da personalidade jurídica da pessoa jurídica ser obstáculo ao pleno exercício do direito do consumidor para que seja possível desconsiderar esta personalidade."*

Assim, como a maioria dos doutrinadores, acredito que o parágrafo 5º deve ser interpretado restritiva e conjuntamente com o *caput*, havendo harmonia no dispositivo, com o intuito único de garantir o ressarcimento ao consumidor quando este for prontamente lesado.

10- PUBLICIDADE NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A publicidade como instrumento de aproximação do produto e serviço ao consumidor possui proteção constitucional, tendo como objetivo, nortear a conduta do publicitário no que corresponde aos limites da viabilidade de utilização desse meio.

Isto porque, deve-se destacar que todos os princípios previstos na constituição devem ser respeitados, além, até mesmo das limitações exigidas pelo princípio da publicidade previsto também na Carta Magna.

Vale ressaltar, que o termo “publicidade” as vezes é usado como espécie de “propaganda”, no entanto, a segunda é atribuída para ação de cunho religioso e político, enquanto que a primeira é aplicada para atividade comercial.

Sendo assim, podemos afirmar que a palavra “propaganda” comporta o sentido de propagação de princípios, idéias, conhecimentos ou teorias. Por outro lado, a expressão “publicidade”, no que lhe concerne, aponta para a qualidade daquilo que é público ou do que é feito em público.

Ambos os termos, portanto, seriam bastante apropriados para demonstrar o sentido pretendido pelo anunciante de produto ou serviço. O que merece destaque, porém, é o fato de que a própria Constituição Federal não faz a distinção. Assim, por exemplo, ela fala em “propaganda” (art. 220, § 3º, II), “propaganda comercial” (art. 22, XXIX, e § 4º do art. 220), “publicidade dos atos processuais” (art. 5º, LX), “publicidade” (art. 37, *caput* e § 1º).

Assim, a “propaganda comercial” é aquela focada para o meio utilizado pelos empreendedores a fim de estabelecer relação com os consumidores, uma vez que quando se fala em propaganda e propaganda comercial, a Carta Magna refere-se a bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e agrotóxicos (§ 4º do art. 220) ou a

produtos, “práticas e serviços” nocivos à saúde e ao meio ambiente (inciso II do § 3º do art. 220).

Verifica-se que os serviços públicos são também em parte voltados ao consumidor e a todos os indivíduos, e ao tratar desses serviços a norma constitucional usa o termo “publicidade” (§ 1º do art. 37), podendo assim, os dois vocábulos ser usados como expressões com sentidos semelhantes.

Publicidade e produção

Publicidade e produção não devem ser confundidas, ainda que a primeira caracterize a “produção” praticada pelo publicitário, agência etc., pois só existe em razão de um produto ou serviço que se procura mostrar ou vender.

Assim, conclui-se que a publicidade não é produção primária, mas forma de apresentação e/ou venda dessa produção. Sendo a Constituição Federal a base que estabelece limites para harmonizá-la com as demais garantias fundamentais. E se, então, a própria exploração e produção primária são limitadas, por mais força de razão pode e deve haver controle da atividade publicitária, que, como se disse, é instrumental, ligada àquela de origem, uma vez que serve como meio de fala dos produtos e serviços: a publicidade anuncia, descreve, oferece, divulga, propaga etc.

Logo, tanto a atividade de exploração primária do mercado, que foca na produção, tem limites estabelecidos na nossa legislação quanto, prontamente, a publicidade que dela fala (da produção) é restringida.

Publicidade e verdade

Como já demonstrado, a publicidade não pode violar os princípios delineados pela Carta Magna, deste modo, Rizzatto Nunes possui o seguinte entendimento doutrinário:

“A publicidade, que é dependente da produção, com mais força de razão sofre as mesmas restrições. Mas há mais. A Constituição Federal cuidou da publicidade do

serviço público no art. 37, que regula, entre outros, o princípio da moralidade (§ 1º desse art. 37). E tratou da publicidade de produtos, práticas e serviços no capítulo da comunicação social (inciso II do § 3º do art. 220), guardando regra especial para anúncios de bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (§ 4º do art. 220) 83. Pois bem. O inciso II do § 3º do art. 220 referido estabelece que se deve proteger a pessoa e a família contra a publicidade nociva à saúde e ao meio ambiente. A pessoa e a família, além de outras garantias, têm assegurado o respeito a valores éticos (inciso IV do art. 221)."

Dessa maneira, tanto no art. 37 quanto no capítulo da comunicação social a Carta Magna garante integral proteção a ética. Sendo o valor ético da verdade o primordial para fins de publicidade se tratando de relações de consumo.

Assim, o anúncio publicitário não pode distorcer daquilo que anuncia, ou seja, de forma alguma pode mentir sobre o que está expondo, sendo por afirmação ou omissão. Bem como, é proibido a manipulação de frases, sons e imagens para que de forma confusa, possa iludir o destinatário do anúncio.

CONCLUSÃO

Pelo exposto ficou bem claro que os contratos regidos pelas relações de consumo tem peculiaridades que lhe são próprias, estas, nada mais que de direito, pois se estamos tratando de uma situação diferenciada com pessoas diferentes deve-se tentar equiparar as partes.

Com o passar dos tempos as mudanças vieram, tanto no comportamento social quanto no seu comportamento consumista; a legislação tenta acompanhar e até ver as implicações dessas mudanças no mundo jurídico para facilitar o mundo social, havendo assim paridade e justiça.

No mundo capitalista, consumista de hoje tudo o que envolve consumidor está voga, pois o consumo está no ápice de uma cadeia que envolve direta e indiretamente: trabalhador, fornecedor, lei, bens, política, dinheiro. Não há produção sem dinheiro, nem trabalhador sem salário, para funcionamento do judiciário é necessário verbas e as verbas emanam do povo que pagam impostos, estes são regulamentados pelos políticos que nos representam e ganham para isso; só que com um detalhe; tudo isso depende de um único fator: dinheiro que chega aos cofres públicos através das relações de consumo direta ou indiretamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- AMARAL JUNIOR, Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: RT, 1993.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos. *Comentários ao código de proteção do consumidor* – coordenador: Juarez de Oliveira. S. Paulo: Saraiva, 1991.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro; Forense Universitária, 1990.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O Empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DENARI, Zelmo e outros. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 4a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- _____. *Manual elementar de direito civil*, 2º v. – obrigações e responsabilidade civil. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- MARINS, Jaime. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4a. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor. *Revista Direito do Consumidor* nº 5, p. 35-47.
- SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTANA, Héctor Valverde. *Prescrição e decadência nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.