

ISSN 2358-4637



Cadernos



Curso de Extensão
Direito do
Consumidor

4 de setembro a 9 de outubro de 2013
n. 1 - 2013



EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

DIRETOR-GERAL

Desembargador Sérgio de Souza Verani

SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

CURSO DE EXTENSÃO DE DIREITO DO CONSUMIDOR

COORDENADOR

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

ASSISTENTE DE COORDENAÇÃO

Tânia Maria Aguiar de Oliveira

ASSISTENTE DE EXECUÇÃO

Samuel Luiz Vieira Côrtes

ESTRUTURA CURRICULAR E CORPO DOCENTE

Princípios gerais do CDC e direitos básicos do consumidor

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

A relação de consumo (consumidor e consumidor por equiparação; fornecedor; produtos e serviços)

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Responsabilidade civil nas relações de consumo e dos profissionais liberais; excludentes de responsabilidade nas relações de consumo

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Propaganda e publicidade enganosas; garantia legal e contratual e cláusulas abusivas

Desembargador Maldonado de Carvalho

Inversão do ônus da prova e antecipação dos efeitos da tutela.

Desembargador Alexandre Câmara

Solidariedade e responsabilidade subsidiária; bancos de dados e cadastros de consumidores.

Dr. Juiz Werson Rego

Desconsideração da personalidade jurídica; prescrição e decadência.

Dr. Samuel Côrtes

Ações Coletivas; interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Desembargador Marcelo Buhaten

Dano patrimonial (dano emergente; lucros cessantes); dano moral (ocorrência e quantificação)

Desembargador Sylvio Capanema

Comércio eletrônico; responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços e direito de arrependimento.

Dr. Juiz Flávio Citro

Responsabilidade civil nas relações de consumo e dos profissionais liberais; excludentes de responsabilidade nas relações de consumo

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

O Superendividamento na reforma do CDC.

Dra. Heloisa Carpena

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ

Secretaria Geral de Ensino

Rua Dom Manuel 25, 4ª andar, sala 410 - Centro

20.010-090 - Rio de Janeiro - RJ

www.emerj.tjrj.jus.br – emerjsecge@tjrj.jus.br

APRESENTAÇÃO

Caríssimos alunos,

Com a criação e instalação das Câmaras do Consumidor pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o que deu início à especialização no âmbito do segundo grau de jurisdição do Tribunal Fluminense, coube à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ colaborar, dentro de sua seara, no aperfeiçoamento de magistrados e operadores do Direito.

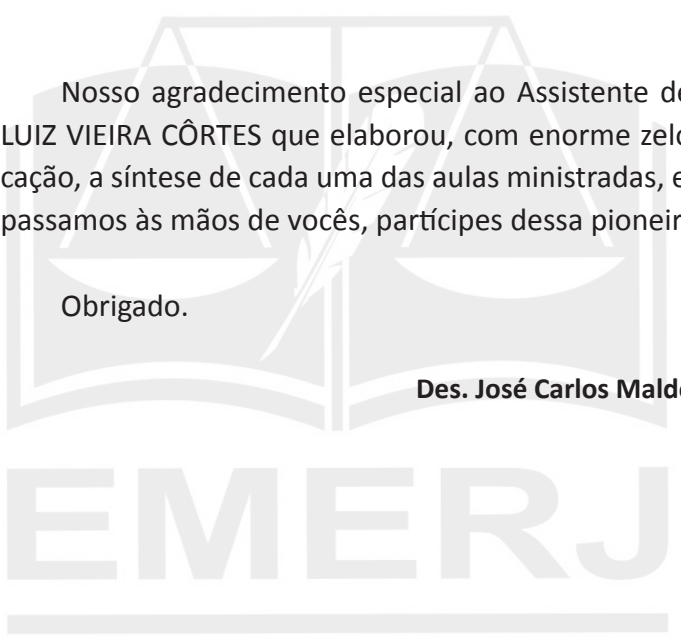
A proposta de formatar um curso de extensão em curto espaço de tempo foi desafiadora e altamente provocativa. Aceito o desafio, escolhido o Corpo Docente e elaborado o programa veio a primeira indagação: qual seria a resposta do público alvo? Respondo de pronto: foi muito acima de qualquer expectativa.

Cento e um alunos foram matriculados em uma única semana. Desembargadores, Juízes, Advogados, Assessores de Magistrados e Bacharéis formaram a primeira turma.

É evidente que o apoio da Direção Geral da EMERJ e de sua competente equipe de funcionários foi o ingrediente básico para o sucesso deste primeiro curso de extensão na área consumerista. Finalizamos, com mérito, e, com honra, emitimos os certificados de conclusão.

Feliz aquele, como sinaliza CORA CORALINA, “que transfere o que sabe e aprende o que ensina”.

 EMERJ



Nosso agradecimento especial ao Assistente de Turma SAMUEL LUIZ VIEIRA CÔRTEZ que elaborou, com enorme zelo e especial dedicação, a síntese de cada uma das aulas ministradas, e que, finalmente, passamos às mãos de vocês, partícipes dessa pioneira proposta.

Obrigado.

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Coordenador

EMERJ

SUMÁRIO

Aula I

Princípios gerais do CDC e direitos básicos do consumidor 9

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho

Aula II

A relação de consumo (consumidor e consumidor por equiparação; fornecedor; produtos e serviços) 22

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Aula III

Responsabilidade civil nas relações de consumo e dos profissionais liberais; excludentes de responsabilidade nas relações de consumo..... 37

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Aula IV

Propaganda e publicidade enganosas; garantia legal e contratual e cláusulas abusivas 55

Desembargador Maldonado de Carvalho

Aula V

Inversão do ônus da prova e antecipação dos efeitos da tutela..... 70

Desembargador Alexandre Câmara

Aula VI

Solidariedade e responsabilidade subsidiária; bancos de dados e cadastros de consumidores 80

Dr. Juiz Werson Rego

Aula VII

Desconsideração da personalidade jurídica; prescrição e decadência...95

Dr. Samuel Côrtes

Aula VIII

Ações Coletivas; interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos..... 111

Desembargador Marcelo Buhaten

Aula IX

Dano patrimonial (dano emergente; lucros cessantes); dano moral (ocorrência e quantificação)..... 123

Desembargador Sylvio Capanema

Aula X

Comércio eletrônico; responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços e direito de arrependimento 131

Dr. Juiz Flávio Citro

Aula XI

Responsabilidade civil nas relações de consumo e dos profissionais liberais; excludentes de responsabilidade nas relações de consumo..... 142

Desembargador Sergio Cavalieri Filho

Aula XII

O Superendividamento na reforma do CDC 160

Dra. Heloisa Carpena



Des. Maldonado de Carvalho

TEMA

Princípios Gerais do CDC e Direitos básicos do consumidor.

Com o passar e evoluir do tempo, a sociedade e as relações interpessoais sofreram grandes alterações. Diferente do que se tinha em outras épocas, vivemos hoje num mundo em que se verifica, principalmente após as revoluções industriais e tecnológicas, a produção, distribuição e o consumo em massa.

Nesse contexto de contratação em massa, aquele que produz é justamente o que possui o conhecimento e a informação adequada e precisa acerca das características e riscos do produto e do serviço; conhecimento esse que, não raras vezes, não é repassada para o consumidor.

Diante dessa ausência de informação, adequada acerca das características e riscos dos produtos e serviços, verifica-se uma flagrante desigualdade entre o detentor do conhecimento técnico (fornecedor) e o destinatário dos bens de consumo (consumidor), dando ensejo a uma relação jurídica desequilibrada, a demandar adoção de mecanismos tendentes a reequilibrar essa relação.

No ordenamento jurídico pátrio, com o fim de tutelar essa pessoa especial e mais fraca da relação jurídica de consumo, o vulnerável, a Constituição da República Federativa do Brasil erigiu a sua tutela a direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXII CF), bem como a princípio da ordem econômica (art. 170, V CF). Ademais, no art. 48 do ADCT impôs ao Congresso Nacional a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, no prazo de 120 dias. Assim surgiu a Lei 8.078/90, que institui o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e de interesse social, nos termos de seu art. 1º.

Com efeito, por se tratar de uma norma de ordem pública e interesse social, dúvidas não há quanto **a possibilidade de ser aplicada de ofício pelo órgão julgador**, não havendo que se falar em qualquer espécie de preclusão.

Não foi por acaso que a Constituição impôs a elaboração de um Código. A verdade é que o Código de Defesa do Consumidor, tal como elaborado, é uma verdadeira Lei especial. Não em relação ao seu conteúdo, mas sim pela pessoa que ele busca tutelar por imposição constitucional, o consumidor, seja ele pessoa física, jurídica, ou uma coletividade, determinada ou não de consumidores.

Trata-se, portanto, de um **microsistema** de proteção e defesa do consumidor, com regras e princípios próprios. Um microsistema próprio que será aplicado sempre que se estiver diante de uma relação jurídica de consumo, não importando o seu conteúdo, qualquer que seja o ramo do direito, sendo desimportante a data em que foi celebrado, bastando que seus efeitos se deem já na vigência da Lei 8.078/90.

Dessa forma, percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor possui uma posição de destaque dentro do ordenamento jurídico, sendo, portanto, uma **norma supralegal**, com uma **malha principiológica**

própria, certo que, em eventual conflito aparente de normas, deverá ser aplicada aquela que melhor proteger e tutelar o vulnerável, tal como preconiza a *teoria do diálogo das fontes*, positivada no art. 7º do CDC, *verbis*:

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

Ademais, importante deixar registrado que na forma do art.24, §§ 1º, 3º e 4º da CRFB, os Estados também estão autorizados a legislar sobre matéria de consumo. Entretanto, as normas Estaduais somente terão aplicação quando da ausência de regramento próprio no CDC ou quando a Lei 8.078/90 for omissa e a Legislação Estadual não colidir com seus princípios.

Antes de se adentrar no estudo das regras previstas no CDC, imprescindível se faz o conhecimento dos princípios que lhe são inerentes, que funcionam como **vectores de interpretação de todo o microsistema**, sendo, portanto, toda a base e alicerce desse sistema especial, destinado a tutelar e proteger esse sujeito especial e mais fraco, o consumidor.

Em 15 de março de 1962, o então Presidente dos Estados Unidos erigiu a proteção e defesa do consumidor como Política Nacional de Estado, fixando quatro princípios básicos que igualmente foram reconhecidos pelo ordenamento jurídico pátrio, quais sejam: **direito de ser informado, direito de ser ouvido, direito de escolha e direito à segurança.**

São essas justamente as premissas básicas do direito do consumidor, sendo todos os esforços no sentido de se obter um consumo consciente e seguro, em que o consumidor venha ser devidamente informado acerca das características, modo de utilização, riscos e preço do produto ou serviço a ser contratado.

Princípio da Vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade se encontra no art. 4º, I do CDC, que, ao fixar os princípios da política nacional de proteção ao consumidor, reconhece de forma expressa a vulnerabilidade deste. Trata-se, portanto, de um conceito jurídico, ou seja, todo consumidor é pessoa vulnerável, não importa quem seja e seu poderio econômico, na medida em que não possui a técnica, o conhecimento e a tecnologia, ou seja, o consumidor, por não possuir tais informações, se coloca numa posição de inferioridade frente ao fornecedor; certo que justamente essa ausência de informação, essa vulnerabilidade, justifica o regramento próprio destinado a proteger tal sujeito.

Com o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, efetiva-se o princípio constitucional da isonomia, tratando de forma desigual os desiguais, certo que na dúvida, a melhor interpretação e solução a serem dadas ao caso concreto deve ser a proteção do consumidor, parte constitucionalmente reconhecida mais fraca.

A doutrina em geral reconhece três espécies de vulnerabilidade: ***técnica*** (ausência de conhecimento e informação); ***jurídica ou científica*** (ausência de conhecimento específico em determinada área de conhecimento) e fática ou ***socio-econômica*** (maior poderio econômico e posição de monopólio).

Cuidado, pois nem todo consumidor, vulnerável por conceito, é também hipossuficiente. Diferente da vulnerabilidade, a hipossuficiência (art. 6º, VIII do CDC) é conceito fático a ser verificado no caso concreto. A hipossuficiência está voltada para a maior ou menor dificuldade da produção de determinada prova, a facultar, inclusive, a inversão do ônus probatório. Dessa forma, todo consumidor é vulnerável, mas nem todo consumidor vulnerável também é hipossuficiente.

Princípio da informação e da transparência

O dever de informação é a pedra de toque no direito do consumidor, sem o qual se mostra quase impossível atingir os escopos da política nacional de proteção ao consumidor, que é a busca por um ***consumo seguro e consciente***.

Decorrência lógica do princípio da boa-fé objetiva - regra de conduta pautada por padrões éticos de comportamento - o dever de informação é uma obrigação imposta ao Estado e aos fornecedores, no sentido de educarem o consumidor, de maneira clara e adequada, quanto às características do produto ou serviço contratado, seu modo de utilização, seus riscos e o respectivo preço (artigos 4º, IV, 6º, III e 31, todos do CDC).

É justamente esse dever de informação que vai mitigar no caso concreto a posição de inferioridade técnica do consumidor; certo que a sua inobservância pode gerar o dever de indenizar (defeito de comercialização - art. 12 e 14, ambos do CDC), bem como torna ineficaz qualquer cláusula limitativa ao direito do consumidor (art. 46 do CDC).

No que tange ao dever de informação por parte dos atores que integram o sistema nacional de defesa do consumidor, se sobressai a elaboração de um cadastro negativo de fornecedores, a fim de que o

consumidor possa buscar com confiança o fornecedor que, além de tudo, tende a respeitar seus direitos. Nesse sentido é o teor do art. 44 do CDC.

O dever de transparência e clareza se impõe em todas as fases negociais, ou seja, nos momentos pré-contratual, contratual e pós-contratual. Tão grande é a importância do dever de informação e da confiança que o consumidor deposita na informação recebida, que na seara consumerista ganha especial atenção a legítima expectativa do consumidor, que é fortemente tutelada quando da apresentação da oferta e da publicidade, momento em que a informação deve ser a mais precisa possível.

Tão grande é a importância das informações veiculadas na oferta e na publicidade, que os artigos 30 e 35 do CDC conferem força vinculante e obrigatória a tal conteúdo, que inclusive integra o contrato que vier a ser celebrado, ou seja, a informação prestada ao consumidor prevalece sobre os termos de qualquer contrato escrito, ainda que firmado tempos depois da veiculação da informação, seja no que concerne à qualidade ou à quantidade (art. 20 do CDC).

Princípio da Boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva é uma **regra de conduta** que cria no contratante a expectativa de que seu parceiro contratual se pautará por **padrões éticos de comportamento**, padrão ético comportamental que deve ser verificado no caso concreto em razão do tempo e do espaço em que a norma está sendo aplicada. Trata-se de cláusula geral que será implementada no caso concreto pelo julgador, de acordo com a natureza e peculiaridades do negócio celebrado e das partes envolvidas.

Positivada no art. 422 do Código Civil, a boa-fé objetiva é uma

via de mão dupla, ou seja, deve ser observada tanto pelo fornecedor quanto pelo consumidor. Trata-se de cláusula implícita em todo e qualquer contrato a ser celebrado.

Desta feita, o princípio da boa-fé objetiva exerce 3 funções no ordenamento jurídico: limitar o abuso do direito (art. 187 do CC e art. 39 do CDC); interpretar e integrar o contrato (art. 112 e 113, ambos do CC e art. 47 do CDC); criação de deveres anexos.

É dessa última função que surge o dever de lealdade, de cooperação, de transparência, e, o mais importante, da **devida e adequada informação**, que será medida pelo conhecimento médio do público de consumidores-alvo a que se destina determinado produto ou serviço, procedendo-se tal análise à luz do caso concreto.

Todos esses preceitos devem ser aplicados em conjunto no caso concreto, em busca do equilíbrio contratual, da justiça contratual, que somente será alcançada se o consumidor, vulnerável por natureza, for devidamente tutelado e protegido.

Princípio da Equidade e da Confiança

A justiça contratual só é possível de ser alcançada se for mantido, desde o início até o fim, o equilíbrio de deveres e obrigações, posto que um contrato desequilibrado está fadado ao inadimplemento, o que atenta contra a sua finalidade social, que é a circulação de riquezas. Vedam-se, portanto, vantagens exageradas ao fornecedor em detrimento do consumidor (art. 51, IV do CDC).

Sob a ótica da equidade, não se exige uma conduta dolosa ou reprovável por parte do fornecedor, ou seja, o equilíbrio deve ser buscado sob o prisma objetivo; certo que a inclusão de uma cláusula

abusiva, mesmo que conte com autorização do consumidor, não pode prevalecer.

Diante da natureza cogente das normas do CDC, de ordem pública e interesse social, não podem as partes delas dispor em sentido contrário, sendo nula de pleno direito toda e qualquer cláusula contratual abusiva (art. 51, IV do CDC).

Assim, a **confiança** que o consumidor tem direito e pode exigir, acerca de determinado produto ou serviço, **é a segurança que dele razoavelmente se espera**, tal como preceitua o art. 20, § 2º do CDC. Daí que, quando essa confiança é quebrada, aplica-se a **teoria do risco do empreendimento**, suportando o fornecedor o risco decorrente de sua atividade, não importando sua vontade de violar a norma.

Digna de nota é a correta aplicação do parágrafo único do art. 42 do CDC, que trata de devolução em dobro quando o consumidor é cobrado e paga quantia indevida.

De acordo com o melhor entendimento, a devolução em dobro terá lugar quando há a cobrança e pagamento de serviço sem a devida contraprestação, certo que o ônus da prestação do serviço é todo do fornecedor. O mesmo se diga com relação à cobrança a maior do que aquilo efetivamente contratado, certo que a boa-fé do consumidor é elemento presumidor.

Registre-se que a atual jurisprudência é no sentido de que a simples colocação do serviço à disposição do consumidor (ex: tratamento de esgoto) já autorizaria a cobrança de uma taxa (taxa social), desde que seu valor seja razoável e compatível com a situação concreta.

Direito em movimento

Processo : 0020639-17.2012.8.19.0001

1ª Ementa - APELACAO DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 06/06/2013 - SEXTA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO E INDENIZATÓRIA. LINHA TELEFÔNICA COM ACESSO À INTERNET. SERVIÇO OI VELOX DE INTERNET CONTRATADO E NÃO DISPONIBILIZADO POR INVIABILIDADE TÉCNICA. COBRANÇA INDEVIDA. AUTOR VÍTIMA DE PUBLICIDADE ENGANOSA. DANO MORAL. 1- Relação de consumo. 2- A Ré, na condição de fornecedora de serviço, responde objetivamente pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento, independentemente de culpa, só podendo se eximir desta nos casos estritos do art. 14, § 3º do CDC. 3- Teoria do Risco do Empreendimento. 4- Autor afirma que contratou nova linha telefônica, pois lhe foi garantido plano que incluía acesso à internet - OI VELOX. 5- Consumidor afirma que, após a instalação da linha telefônica, o preposto da Ré informou que não havia viabilidade técnica para disponibilização do serviço. 6- O folder acostado aos autos pela própria concessionária não fornece as informações sobre as condições do negócio, tudo formatado de maneira a induzir o consumidor mediano a erro, evidenciando publicidade enganosa. 7- A Ré fez uso da publicidade enganosa por omissão (§ 3º do art. 37, do CDC), valendo-se da vulnerabilidade do consumidor, faltando com o dever de informar dado essencial do serviço oferecido, qual seja, a viabilidade de técnica. 8- Afronta aos arts. 37 § 3º, 39, IV e 51, XV todos do CoDeCon. 9- É lícito estimular o consumo de bens e serviços através da publicidade, porém esta deve pautar-se pelos princípios do CDC, principalmente o da boa-fé. 10 - Violação dos princípios da Transparência, Boa-fé Objetiva e Informação, do direito de dar ao consumidor conhecimento prévio e o verdadeiro

conteúdo do contrato, na forma dos artigos 4º III, e 6º, III do CDC. 11- A concessionária não deveria oferecer serviços sem antes se certificar da possibilidade de instalação do serviço no imóvel do Autor. 12- Evidentemente que o fato causou desgaste físico, psicológico e a frustração de que foi vítima, por não poder usufruir do serviço que acreditava ter adquirido, circunstâncias que não constituem mero aborrecimento, suficiente para ensejar o dever de indenizar, nos termos do art. 6º, inciso VI do C.D.C. 13- Dano moral caracterizado. 14- Quantum indenizatório de R\$5.000,00 (cinco mil reais) que deve ser mantido, pois atende aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e de acordo com casos semelhantes. 15- NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO, na forma do art. 557, caput do CPC.

Processo : 0015584-85.2012.8.19.0001 1ª Ementa - APELAÇÃO DES. MARIO ASSIS GONCALVES - Julgamento: 29/04/2013 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Direito do consumidor. Financiamento de veículo. Cobrança a título de “tarifa de cadastro”, “serviço de terceiros”, “registro de contrato”, “tarifa de avaliação de bens” e “gravame eletrônico”. Violação ao dever de informação. Restituição. O autor declarou jamais ter autorizado a cobrança das referidas tarifas, sendo a prova de fato negativo de difícil produção, caberia ao banco réu fazer prova de que os referidos serviços foram solicitados ou contratados por seu cliente ou que a cobrança correspondente à prestação dos referidos serviços foi devidamente informada ao consumidor. Assim, a não comprovação de que o consumidor foi devidamente cientificado de que seriam cobradas as referidas tarifas demonstra a ilegalidade da cobrança, restando violado o direito básico do consumidor à informação, nos termos do art.6º do CDC. De fato, o contrato anexado aos autos faz menção às referidas tarifas, sendo certo que alguns valores não foram prontamente informados, como “serviço de terceiros”, não havendo qualquer esclarecimento sobre as cobranças. As cláusulas contratuais devem sempre

ser interpretadas de modo mais favorável ao consumidor, considerando sua vulnerabilidade, em decorrência da aplicação do princípio constitucional da isonomia, segundo o qual os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de suas desigualdades. A hipótese dos autos cuida de contrato de adesão, cujas cláusulas o consumidor se vê impedido de modificar, não havendo, portanto, que se falar em aplicação do *pacta sunt servanda*. A cobrança das tarifas questionadas constitui enriquecimento sem causa por parte das instituições bancárias, uma vez que, como já são devidamente remuneradas pelos juros cobrados aos consumidores, tais cobranças caracterizam *bis in idem* e ofendem o princípio da boa-fé objetiva. No que tange à “tarifa de cadastro”, vale salientar que sua cobrança se revela abusiva por não implicar nenhuma prestação de serviço em favor do cliente bancário, visando apenas atender aos interesses das instituições financeiras; já a tarifa intitulada “serviços prestados por terceiros”, embora tenha previsão legal, deve ser devidamente informada ao consumidor, o que, como visto, não ocorreu na hipótese vertente. Assim, uma vez reconhecida a abusividade das cobranças a título de “tarifa de cadastro”, “serviço de terceiros”, “registro de contrato”, “avaliação de bens” e “gravame eletrônico” deve o autor ser ressarcido, em dobro, nos termos do disposto no artigo 42, parágrafo único, do CDC, por se tratar de cobrança indevida. Recurso ao qual se nega seguimento.

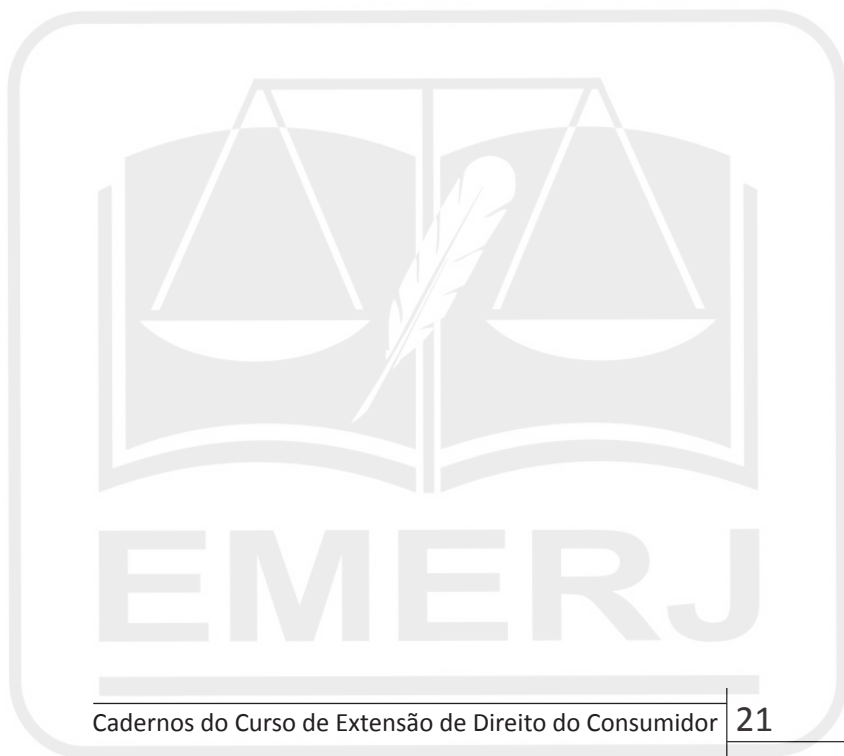
1ª Ementa - APELAÇÃO DES. MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 29/01/2013 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. EMPRÉSTIMOS NÃO CONTRATADOS. DESCONTOS INDEVIDOS NA CONTA CORRENTE DO CONSUMIDOR. PRINCÍPIOS DA VULNERABILIDADE E DA INFORMAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREENDEDOR. INSCRIÇÃO INDEVIDA. DANO MORAL CARACTERIZADO. VERBA. FIXAÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 1. Ainda que se

admita a possibilidade da concessão de empréstimos bancários mediante o simples acionamento de teclas, através de senhas numéricas em caixas eletrônicos, tal atividade, finalizada por meio eletrônico, comumente adotada pelos fornecedores de serviços desta natureza, não afasta, ou atenua, os princípios da vulnerabilidade e da informação que regem as relações de consumo, uma vez que, diante da responsabilidade objetiva, assumem os prestadores de serviços bancários os riscos e os prejuízos decorrentes de tal prática. 2. Caracterizado o vício do serviço, a declaração de inexistência de dívida referente a empréstimos não contratados se mostra plausível, ao contrário do que foi decidido em primeiro grau de jurisdição. 3. Logo, por procedente se tem o pedido de restituição, em dobro, dos valores indevidamente descontados da conta-corrente do autor, com fincas no parágrafo único, do art. 42, do CDC. PROVIMENTO DO RECURSO.

Processo : 0082089-26.2010.8.19.0002

1ª Ementa - APELAÇÃO DES. ROGERIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 10/04/2012 - NONA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO. POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. IBI CARD. PLANO DE ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA. IBI ODONTO. ADMINISTRAÇÃO PELO MESMO GRUPO EMPRESARIAL. VENDA CASADA. PRÁTICA ILÍCITA QUE VAI DE ENCONTRO AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA TRANSPARÊNCIA E DA CONFIANÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 39, I, DO CDC. NEGATIVAÇÃO CADASTRAL POR DÍVIDA DO PLANO DE SAÚDE. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DO DÉBITO. POSSIBILIDADE. ART. 46 DO CDC. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR POR DANOS MORAIS. REFORMA DA SENTENÇA. O oferecimento de contratos de assistência médica-odontológica, juntamente com a contratação de cartão de crédito, quando não comprovadamente seguido de consistente e clara informação ao consumidor, caracteriza “venda casada” (CDC, 39, I), em que há o condicionamento ilícito de

um produto à aquisição de outro. Abuso do poder econômico pelos fornecedores de produtos e serviços. Vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor. Imposição de obrigação não livremente assumida. Contratos ou cláusulas inquinadas de vício insanável não obrigam o contratante, uma vez que não houve manifestação válida de vontade. (CDC, 46). A restrição cadastral por obrigação ilegítima é igualmente ilícita. Compensação indenizatória pelos danos morais infligidos ao autor. Humilhação, vergonha e perda do tempo útil do consumidor, que somente é atendido após a interveniência do Poder Judiciário. Conhecimento e provimento do recurso. ▼





Des. Marco Aurélio B. Mello

TEMA

A relação de consumo (consumidor e consumidor por equiparação; fornecedor; produtos e serviços).

A fim de que se possa delimitar o real campo de incidência do Código de Defesa do Consumidor e, por conseguinte, toda a sua malha principiológica e protetiva daquela que a Constituição da República tem por vulnerável, como sendo a parte mais fraca e, portanto, merecedora de uma proteção especial por parte do ordenamento jurídico, imprescindível se faz conhecer os elementos cuja presença, no caso concreto, gera uma relação jurídica de consumo.

Com efeito, como norma principiológica que é, o Código de Defesa do Consumidor terá incidência sempre que se estiver diante de uma relação jurídica de consumo, independentemente de seu objeto.

Nesse contexto, para que se tenha uma relação jurídica de consumo, imprescindível se faz a presença de elementos subjetivos (consumidor e fornecedor) e objetivos (produto e serviço), ou seja, ausentes qualquer um desses elementos, não terá incidência a Lei 8.078/90.

CONSUMIDOR

De acordo com o que dispõe o CDC, o consumidor pode ser de **duas espécies**. A primeira espécie é a do **consumidor direto** ou *standard* e a segunda, a do consumidor por equiparação ou *bystandard*.

Acerca do conceito de consumidor direto, aquele que mantém relação jurídica com o fornecedor ou se coloca na condição de usuário de determinado produto ou serviço, dispõe o art. 2º do CDC que “*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como **destinatário final***”.

Importante deixar registrado que o conceito de pessoa jurídica aqui deve ser entendido de forma ampla, ou seja, **qualquer sujeito de direito pode ser enquadrado no conceito de consumidor**, desde que seja o destinatário final do produto ou serviço. Destaca-se, ainda, que as pessoas jurídicas de direito público também podem ser enquadradas no conceito de consumidor, quando forem o destinatário final do produto ou serviço, **com exceção do poder concedente de determinado serviço público, pois não se pode entender o poder concedente como uma pessoa vulnerável e, portanto, merecedora de proteção especial por parte do ordenamento jurídico**.

A grande discussão que se tem no que tange ao conceito de consumidor direto é com relação à expressão “destinatário final”, constante do art. 2º do CDC. O que vem a ser “destinatário final”, cuja presença se mostra imprescindível para que tenhamos a presença do consumidor direto?

Destarte, de acordo com a doutrina mais moderna, da lavra do professor italiano Pietro Perlingiere, a análise e interpretação de de-

terminado instituto jurídico devem ocorrer de maneira **teleológica, ou seja, devemos analisar a sua estrutura e função, ou seja, o que é? E para que serve?**

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado por uma comissão de juristas em atendimento a mandamento Constitucional (art. 48 ADCT), que prevê como princípio e garantia fundamental a tutela do consumidor (art. 5º, XXXII CRFB), além de condicionar a validade da atividade econômica à defesa do consumidor (art. 170,V da CRFB).

Isso significa dizer que a razão de ser do Código de Proteção e Defesa do Consumidor está diretamente ligada à **condição de vulnerabilidade do consumidor**, seja pessoa física ou jurídica, em relação ao fornecedor, pessoa presumidamente mais forte na relação jurídica, ou seja, **as normas protetivas da Lei 8.078/90 devem ser aplicadas sempre que se verificar no caso concreto uma situação de desequilíbrio negocial e informacional entre as partes**; desequilíbrio esse que será corrigido pelos princípios e regras constantes do CDC.

Assim, a premissa básica de que se deve partir para a análise do conceito de consumidor é a da sua **vulnerabilidade (art. 4º, I do CDC), que pode ser técnica, jurídica ou científica e fática ou socio-econômica.**

Partindo da premissa acima colocada, precisamos entender o conteúdo da expressão “destinatário final”, a fim de que possamos estabelecer o conceito de consumidor direto. Sobre o tema, surgiram 3 (três) entendimentos doutrinários.

1 – Teoria Maximalista

De acordo com a corrente maximalista, destinatário final é aquele que retira o produto ou serviço do mercado de consumo. É aquele, portanto, que põe fim ao ciclo produtivo, sendo o seu **destinatário final fático**, independentemente do destino econômico a ser dado ao serviço ou bem adquirido. Cuidado, pois segundo esse entendimento também não é consumidor aquele que adquire produtos que servirão de insumos, pois nesse caso o ciclo produtivo não teria se encerrado, ou seja, fica afastado do conceito de consumidor aquele que pratica um consumo intermediário.

2 – Teoria Finalista

De acordo com tal concepção, consumidor é aquela pessoa física ou jurídica que adquire produtos e serviços como destinatário ***final fático e econômico***, ou seja, além de pôr fim ao ciclo de produção e distribuição, o produto ou serviço é adquirido com o único objetivo de suprir uma necessidade pessoal, ficando fora desse conceito aquelas pessoas que adquirem insumos ou bens de consumo para o implemento da respectiva atividade profissional.

Segundo a doutrina majoritária e a jurisprudência do STJ, é esse o sentido correto da expressão destinatário final constante no art. 2º do CDC. Assim, por força de tal entendimento, somente seria considerado consumidor direto aquele que, concomitantemente, fosse o último da cadeia de consumo (destinatário final fático) e não utilizasse o produto ou serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa (destinatário final econômico).

Como ressaltado anteriormente, a expressão “destinatário final” deve ser interpretada à luz da vulnerabilidade ou não do consumidor frente ao fornecedor. Assim, temos que pessoas físicas não profissionais quando adquirem produtos ou serviços certamente serão consideradas consumidoras.

A grande discussão fica por conta das pessoas jurídicas e pessoas físicas profissionais; ocasião em que ganha relevo a análise, em concreto, da presença da vulnerabilidade, ou seja, tais pessoas somente serão tidas por consumidores se for comprovada no caso uma situação de vulnerabilidade, que, em se tratando da pessoa física não profissional, é presumida pela Lei.

Imagine a situação da pequena costureira que adquire uma máquina de costura de uma grande fabricante para aparelhar sua pequena confecção; do mecânico que adquire ferramentas para implementar sua atividade comercial ou mesmo para aparelhar sua pequena oficina mecânica.

Pelo rigor da teoria finalista, os casos acima destacados não seriam enquadrados como uma relação jurídica de consumo, na medida em que estaria ausente o requisito da destinação final econômica, o que poderia gerar clara e flagrante situação de injustiça, sem contar violação ao princípio da isonomia Constitucional.

3 – Teoria Finalista Aprofundada

De acordo com a presente teoria, que vem sendo adotada pelo STJ em situações análogas às acima descritas, quando estivermos diante de entes desprovidos de personalidade jurídica, pessoa jurídica ou pessoa física profissional, **a expressão “destinatário final” deverá ser**

interpretada à luz do conceito de vulnerabilidade (art.4, I do CDC), ou seja, sempre que o destinatário final fático do bem ou serviço, ainda que não seja o destinatário econômico, **comprovar no caso concreto sua condição de vulnerável**, em qualquer de suas modalidades, estará presente uma situação de desigualdade e desequilíbrio que deverá ser corrigida pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSUMO INTERMEDIÁRIO. VULNERABILIDADE. FINALISMO APROFUNDADO. **Não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor.** A determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Dessa forma, fica excluído da proteção do CDC o consumidor intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Todavia, a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando **“finalismo aprofundado”**. **Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao for-**

necedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Além disso, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. Precedentes citados: REsp 1.196.951-PI, DJe 9/4/2012, e REsp 1.027.165-ES, DJe 14/6/2011. REsp 1.195.642-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2012.

CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO

Além do consumidor direto, o CDC inovou e ampliou seu leque de proteção também aos chamados consumidores por equiparação, pondo fim nas relações de consumo à dicotomia responsabilidade contratual e extracontratual. **Importante desde logo ter em mente que para a análise do conceito de consumidor por equiparação, a Lei não**

exige a presença do requisito “destinatário final”, não tendo lugar as discussões acima destacadas.

O Consumidor por equiparação vem positivado em 3 dispositivos legais do CDC:

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

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

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

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

Da análise dos dispositivos legais supramencionados, percebe-se que o CDC chamou para si casos que outrora não teriam soluções ou seriam julgados pelo direito civil “comum”, dificultando sobremaneira a reparação dos danos sofridos por consumidores que não mantinham relação jurídica com o fabricante.

O conceito de consumidor por equiparação ganha relevo quando estivermos diante de um acidente de consumo, ou seja, nas situações em que, por força de um **defeito do produto ou serviço**, aquele que não mantém relação jurídica direta com o fabricante vem a sofrer um dano, sendo vítima de um acidente de consumo, mormente quando se tem em

mente que, como regra, a responsabilidade do comerciante pelo fato do produto é tão somente subsidiária, nos termos do art. 14 do CDC.

Percebe-se claramente que a intenção do legislador foi resguardar e tutelar todas aquelas pessoas que sofreram algum dano em razão de um produto ou serviço atrelado a uma relação jurídica.

O grande detalhe é que para que eu tenha no caso concreto um consumidor por equiparação, não basta apenas que o dano venha a ser causado por um produto ou um serviço, vale dizer, não basta que o dano seja causado em razão de uma prática voltada para o consumo, **mas sim que se tenha uma relação jurídica base de consumo.**

De qualquer forma, nos casos em que eu não tenha uma relação jurídica de consumo base e a atividade desenvolvida pelo causador do dano for de risco, terá incidência a regra do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, que igualmente prevê uma responsabilidade de natureza objetiva em razão do fato da coisa, que possui fundamento na teoria do risco criado.

Nesse sentido, no TJRJ:

APELAÇÃO 0004085-50.2007.8.19.0205 APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL. SUMÁRIO. AUTORA ATINGIDA POR UM PEÇAÇO DO PNEU DE CAMINHÃO, DE PROPRIEDADE DA 2ª RÉ E QUE TRANSPORTAVA BEBIDAS PARA A 1ª RÉ, QUE ESTOUROU E SE PROJETOU EM DIREÇÃO À AUTORA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DE UM DOS RÉUS E DA AUTORA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. O CAMINHÃO OSTENTAVA A LOGOMARCA "BRAHMA", ALÉM DE ESTAR DISTRIBUINDO OS PRODUTOS DA AMBEV QUANDO DO EVENTO, SENDO A RÉ RESPONSÁVEL PELOS ATOS PRATICADOS PELAS EMPRE-

SAS QUE CONTRATA A TÍTULO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO TRANSPORTADOR, NA FORMA DO ARTIGO 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO CRIADO, UMA VEZ QUE O DANO SOFRIDO PELA AUTORA É DECORRENTE DA ATIVIDADE DE RISCO DESENVOLVIDA PELA RÉ. OS DOCUMENTOS ADUNADOS AOS AUTOS, BEM COMO, AS PROVAS NELE P R O D U ZIDAS, COMPROVAM O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A OCORRÊNCIA DO ACIDENTE E AS LESÕES SUPOSTAS PELA DEMANDANTE, O QUE FAZ EXSURGIR O DEVER REPARATÓRIO DA RÉ PELOS DANOS SUPOSTOS PELA AUTORA. VERBA DE DANO MORAL QUE DEVE CUMPRIR SUA FUNÇÃO PUNITIVO - PEDAGÓGICA, ARBITRADA COM RAZOABILIDADE E MODERAÇÃO, DIANTE DO GRAU DAS LESÕES SOFRIDAS PELA AUTORA, QUE FORAM DE NATUREZA LEVE, A JUSTIFICAR O VALOR DE R\$ 6.000,00. CORREÇÃO DO DANO MORAL A PARTIR DA DATA DE SUA FIXAÇÃO (SÚMULA 97, DO TJRJ). OS JUROS DE MORA DEVEM CORRER A PARTIR DO EVENTO DANOSO EM RAZÃO DE SE TRATAR DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL (SÚMULA 54, DO STJ). HONORÁRIOS CORRETAMENTE FIXADOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. IMPROVIMENTO DO RECURSO DA RÉ E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO DA AUTORA PARA DETERMINAR QUE OS JUROS DE MORA INCIDAM A PARTIR DA DATA DO EVENTO DANOSO.

No STJ:

CDC. RESPONSABILIDADE CIVIL. PROVEDOR DE INTERNET. ANÚNCIO ERÓTICO.

O recorrente ajuizou ação de indenização por danos morais contra a primeira recorrida por ter-se utilizado do seu sítio eletrônico, na rede mundial de computadores, para veicular anúncio erótico no qual aquele ofereceria serviços sexuais, constando para contato o seu nome e endereço de trabalho. A primeira recorrida, em contestação, alegou

que não disseminou o anúncio, pois assinara contrato de fornecimento de conteúdo com a segunda recorrida, empresa de publicidade, no qual ficou estipulado que aquela hospedaria, no seu sítio eletrônico, o site desta, entabulando cláusula de isenção de responsabilidade sobre todas as informações divulgadas. **Para a Turma, o recorrente deve ser considerado consumidor por equiparação, art. 17 do CDC, tendo em vista se tratar de terceiro atingido pela relação de consumo estabelecida entre o provedor de internet e os seus usuários.** Segundo o CDC, existe solidariedade entre todos os fornecedores que participaram da cadeia de prestação de serviço, comprovando-se a responsabilidade da segunda recorrida, que divulgou o anúncio de cunho erótico e homossexual; também está configurada a responsabilidade da primeira recorrida, site hospedeiro, por imputação legal decorrente da cadeia de consumo ou pela *culpa in eligendo*, em razão da parceria comercial. Ademais, é inócua a limitação de responsabilidade civil prevista contratualmente, pois não possui força de revogar lei em sentido formal. REsp 997.993-MG, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21/6/2012.

FORNECEDOR

O conceito de fornecedor se encontra previsto no art. 3º do CDC, segundo o qual ***“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”***.

Da leitura do citado dispositivo legal, percebe-se que a norma classifica o fornecedor em **razão da atividade por ele desenvolvida**, assim entendido o conjunto de atos destinado a objetivo final, a obten-

ção de alguma vantagem direta ou indireta.

Dessa forma, para que se verifique a presença do fornecedor, imprescindível se faz uma certa habitualidade na conduta daquele que atua no mercado de consumo; certo que o rol das atividades descritas no art. 3º do CDC é meramente exemplificativo. De acordo com o citado dispositivo legal, portanto, fornecedor é toda pessoa que, **mediante remuneração direta ou indireta**, ainda que com fins filantrópicos e desprovida de personalidade jurídica, desenvolva de forma habitual atividades de **produção ou intermediação**.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ:

REsp 519310 / SP RECURSO ESPECIAL 2003/0058088-5 Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118) Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 20/04/2004 Data da Publicação/Fonte DJ 24/05/2004 p. 262 Ementa Processual Civil. Recurso especial. Sociedade civil sem fins lucrativos de caráter beneficente e filantrópico. Prestação de serviços médicos, hospitalares, odontológicos e jurídicos a seus associados. Relação de consumo caracterizada. Possibilidade de aplicação do código de defesa do consumidor. - **Para o fim de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços atende aos critérios puramente objetivos, sendo irrelevantes a sua natureza jurídica, a espécie dos serviços que prestam e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, sem fins lucrativos, de caráter beneficente e filantrópico, bastando que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração.** Recurso especial conhecido e provido.

FORNECEDOR POR EQUIPARAÇÃO

Com o propósito de ampliar a incidência do Código de Defesa do Consumidor e explicar algumas situações em que a pessoa não se enquadra com perfeição no conceito de fornecedor, mas atua como intermediador, em posição de auxílio ao lado do fornecedor de produtos e prestadores de serviços que sobrevivem às custas de uma relação jurídica de consumo, como também das empresas que mantêm e administram bancos de dados dos consumidores, o professor Leonardo Bessa construiu a ideia do **fornecedor por equiparação**, cuja gama de exemplos e aplicação prática ainda carece de certo incremento doutrinário e jurisprudencial.

PRODUTO

O conceito de produto se encontra no § 1º do art. 3º do CDC, segundo o qual ***“produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Importante registrar que o produto tanto pode ser novo quanto usado***”.

SERVIÇO

O conceito de serviço se encontra no § 2º do art. 2º do CDC, segundo o qual ***“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***”.

De acordo com o citado dispositivo legal, o serviço deve ser prestado mediante remuneração, que pode ser direta ou indireta, ou seja, ficam fora do conceito os serviços puramente gratuitos, mas não os

aparentemente gratuitos, em que o fornecedor busca alguma vantagem indireta, como por exemplo estacionamento gratuito em certos estabelecimentos, ainda que o consumidor nada venha a consumir.

Destaca-se que o art. 22 do CDC é expresso em destacar que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

Existe certa discussão doutrinária acerca da relação jurídica advogado - cliente, se essa seria ou não uma relação jurídica de consumo; certo que a doutrina majoritária vem respondendo a tal indagação de forma positiva, assim como ocorre com a relação médico - paciente.

Algumas relações jurídicas a jurisprudência já pacificou no sentido de não se tratar de uma relação de consumo: locador - locatário, franqueado “franqueador e condomínio” condômino.

Com relação às instituições financeiras, no julgamento da ADIN 2591 restou pacificado no sentido da incidência do CDC devendo, ainda, ser ressaltado o teor das súmulas 297 (***O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras***) e 321 (***O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes***), ambas do STJ.

Sobre o tema relação de consumo, cite-se recente decisão do STJ:

DIREITO DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE DO CDC AOS CONTRATOS DE ADMINISTRAÇÃO IMOBILIÁRIA. **É possível a aplicação do CDC à relação entre proprietário de imóvel e a imobiliária contratada**

por ele para administrar o bem. Isso porque o proprietário do imóvel é, de fato, destinatário final fático e também econômico do serviço prestado. Revela-se, ainda, a presunção da sua vulnerabilidade, seja porque o contrato firmado é de adesão, seja porque é uma atividade complexa e especializada ou, ainda, porque os mercados se comportam de forma diferenciada e específica em cada lugar e período. No cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre o proprietário de um ou mais imóveis e a administradora; e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação. Nas duas situações, evidencia-se a destinação final econômica do serviço prestado ao contratante, devendo a relação jurídica estabelecida ser regida pelas disposições do diploma consumerista. REsp 509.304-PR, Rel. Min. Villas Bôas Cueva, julgado em 16/5/2013. ▼



Des. Sergio Cavalieri Filho

TEMA

Responsabilidade civil nas relações de consumo e dos profissionais liberais; excludentes de responsabilidade nas relações de consumo

A proteção do consumidor como política de Estado tem como origem o discurso feito em 15 de março de 1962 pelo então Presidente Norte Americano John F. Kennedy, em que foi afirmada a existência de 04 direitos básicos desse especial e vulnerável sujeito de direito:

- 1 - The Right to Safety - Direito a segurança
- 2 - The Right to Be Informed - Direito a informação
- 3 - The Right to Choose – Direito de escolha – consumo consciente
- 4 - The Right to Be Heard – Direito de ser ouvido

Não obstante, no direito brasileiro o Código Civil, cuja regra era a responsabilidade subjetiva, pautada na culpa, era manifestamente inadequado à tutela do consumidor, inadequação essa que se tornou mais patente com a produção e circulação em massa, que teve como consequência natural a produção de danos em massa aos consumidores, certo que muitas das vezes sequer era possível identificar com precisão o autor do dano.

Com o advento da Constituição Federal em 1988 uma primeira grande mudança se inaugura em termos de responsabilidade civil, ao estabelecer a regra da responsabilidade objetiva e direta dos prestadores de serviço público.

Nesse sentido o art. 37, § 6º da CRFB, cuja força normativa é incontestável:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Não obstante, essa norma constitucional ainda não era suficiente para tutelar de forma adequada o consumidor, que, não raras vezes, tinha enorme dificuldade em buscar a reparação integral de seu dano, seja em razão da regra geral de responsabilidade subjetiva, ou mesmo pela ausência de relação jurídica com o fabricante.

Felizmente, a Constituição cidadã de 1988, percebendo a necessidade de se tutelar este sujeito especial, presumidamente vulnerável frente ao fornecedor, impôs a elaboração de um Código de Proteção e Defesa do Consumidor (artigos 5º, XXXII, 170, V ambos da CRFB e art. 48 do ADCT), norma essa de cunho eminentemente principiológico, que necessariamente será aplicada sempre que se estiver diante de uma relação jurídica de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor criou, portanto, um microsistema de proteção do vulnerável, com regras e princípios próprios, certo que, na tematicamente responsabilidade civil, a Lei 8.078/90 é um verdadeiro marco, um divisor de águas, ou seja, tal norma especial, em razão da pessoa que busca tutelar, provocou uma verdadeira revolução na temática responsabilidade civil do fornecedor frente aos danos causados ao consumidor, inaugurando um regramento próprio e específico, que ora se passa a analisar.

Como premissa básica, importante desde logo deixar destacadas as três grandes mudanças, **revoluções inauguradas pelo Código de Defesa do Consumidor** em sede de responsabilidade civil:

1 – Tal como previsto no art. 37, § 6º da CRFB, tem-se agora a **responsabilidade direta do fornecedor e, como regra, de forma solidária**, em contraponto à responsabilidade indireta prevista no Código Civil, por fato da coisa ou de outrem;

2 – **O CDC suplantou a dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual nas relações de consumo**, na medida em que equiparou a consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (art. 17 do CDC), sem qualquer relação jurídica com o fornecedor;

3 – Estabeleceu, como regra, **a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores**, em razão da violação de um dever jurídico preexistente em Lei de segurança e de adequação, o que significa dizer que pouco importa a vontade, a intenção e a ignorância do fornecedor quanto a eventuais vícios existentes no produto ou no serviço.

No que tange à sua sistemática, o Código de Defesa do Consumidor se preocupou não com a conduta do fornecedor propriamente dita, mas sim com vícios e defeitos existentes nos elementos objetivos dessa relação (produto e serviço), que, a depender da gravidade e das consequências concretas para o consumidor, se dividem em **FATO do produto e do serviço (artigos 12 a 14 do CDC) e VÍCIO do produto e do serviço (artigos 18 a 20 do CDC)**. Passemos à análise de cada situação.

FATO DO PRODUTO e DO SERVIÇO

De acordo com o artigo 8º do CDC, “*os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores*”, o que significa dizer que o fornecedor tem a obrigação de colocar no mercado de consumo produtos e serviços seguros. Trata-se de uma obrigação ambulatorial, que acompanha a coisa onde quer que ela vá, não importando se o seu possuidor manteve ou não relação jurídica com o fornecedor.

Quando se tem por violado esse **dever jurídico preexistente em Lei de segurança** e essa violação causa um dano físico ou psíquico ao consumidor, diz-se que ocorreu no caso concreto um **acidente de consumo** que, por sua vez, caracteriza o **FATO** do produto ou do serviço, a depender da sua origem. Como já destacado, a averiguação da violação do dever jurídico de segurança é analisada de forma objetiva, sendo dispensável a presença da culpa do fornecedor.

Assim, o fato do produto do serviço é um acidente de consumo que foi gerado pela violação de um dever jurídico preexistente em Lei, de colocar no mercado de consumo produtos e serviços seguros, que não coloquem em risco a saúde e vida dos consumidores, violação essa

que se dá com a constatação de um **defeito**.

Mas para a correta compreensão do tema, imprescindível se faz entender o que vem a ser um defeito. **Por defeito se entende aquele vício grave, que se exterioriza da coisa e atinge a esfera patrimonial ou extracontratual do consumidor, seja ele direto ou por equiparação (art. 17 do CDC). Exemplificando: Por força de eventual falha no sistema de freios, o consumidor além de não conseguir parar no sinal vermelho (vício) veio a colidir com outro veículo, vindo a sofrer danos de diferentes naturezas. Repare que o vício no sistema de freios se exteriorizou, ou seja, não se limitou à tornar a coisa inadequada, causando danos que ultrapassam o próprio valor da coisa.**

Desta feita, a pedra de toque é justamente a presença de um defeito. Sem defeito não há que se falar em acidente de consumo, em violação ao dever jurídico preexistente de segurança, nem tampouco, em fato do produto ou do serviço.

Nessa esteira, a Lei 8.078/90 define produto e serviço defeituosos como aqueles que não oferecem a segurança que os consumidores legitimamente esperam, tal como dispõem os artigos 12, § 1º e 14, § 1º, ambos do CDC, certo que a chegada de um produto ou serviço mais novo e com tecnologia mais avançada, por si só, não torna o produto ou serviço defeituosos (artigos 12, § 2º e 14, § 2º, ambos do CDC).

Por sua vez, no caso concreto podemos verificar a existência de 3 (três) formas distintas de defeito, certo que basta a presença de um deles para que se tenha o acidente de consumo:

- 1 - Defeito de projeto, fórmula ou concepção;

2 - Defeito de fabricação

3 - Defeito de comercialização (ausência de informação ou informação insuficiente quanto ao modo de utilização e respectivos riscos - violação do princípio da boa-fé objetiva, da confiança depositada no fornecedor pelo consumidor - artigos 8º a 10º, todos da Lei 8.078/90). Repare que quanto maior for o risco, maior será o dever de informação).

Esse defeito é presumido (presunção relativa), sendo ônus do fornecedor afastar a sua presença quando demandado, o que romperia o nexo de causalidade. Trata-se de inversão legal do ônus da prova, sendo desnecessário qualquer decisão nesse sentido.

Em sendo dever do fornecedor colocar no mercado de consumo produtos e serviços livres de defeitos que coloquem em risco a saúde e segurança do consumidor, o que é infestável por qualquer disposição contratual, chega-se à conclusão de que não importa o momento em que o acidente se deu, ***certo que o prazo prescricional para se buscar a reparação daí decorrente é de 05 anos, nos termos do art. 27 do CDC, que se inicia quando da ciência inequívoca do dano e sua extensão e o seu causar.***

Outra característica do FATO do produto e do serviço, diz respeito ao regime de reparação, que no caso será integral (art. 6º, VI do CDC), abrangendo todos os danos patrimoniais e morais sofridos pelo consumidor, direto ou por equiparação.

Importante destacar que por consumidor por equiparação se entende toda e qualquer vítima do evento, ou seja, todos que foram vítimas do acidente de consumo, que além de atingir o consumidor afetou terceiro que sequer mantinha relação jurídica com o fornecedor.

O conceito de consumidor por equiparação, aplicável apenas aos casos de vítimas de acidente de consumo (FATO do produto ou serviço) se encontra no art. 17 do CDC, segundo o qual:

“Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”

Não obstante ser a responsabilidade do fornecedor de natureza objetiva e ser o defeito presumido quando ocorre o acidente de consumo, o Código de Defesa do Consumidor permite que a responsabilidade do fornecedor seja afastada quando ele lograr êxito em comprovar a existência de causas que excluem a sua responsabilidade, expressamente previstas nos artigos 12, § 3º e 14, §º 3º, ambos do CDC.

Desta feita, em se tratando de fato do produto ou serviço, o fornecedor somente não será responsabilizado se comprovar que não colocou o produto ou serviço no mercado de consumo; que ainda que tenha feito, o defeito inexistente, fato **exclusivo** do consumidor e fato **exclusivo** de terceiro.

Percebam que as causas excludentes de responsabilidade previstas em Lei, cujo ônus da prova recai integralmente na pessoa do fornecedor podem ser resumidas a duas situações: ausência de defeito e rompimento do nexo de causalidade.

Importante frisar, que não obstante a omissão legal, doutrina e jurisprudência são pacíficas ao afirmar que tanto a força maior como o caso fortuito também são aptos a romper o nexo de causalidade e, portanto, a afastar o dever de indenizar.

Entretanto, há de se fazer a seguinte distinção: Em se tratando de **caso fortuito interno**, cujo risco é inerente à própria atividade desenvolvida pelo fornecedor, deve ele suportar o evento decorrente de tal fato, por força da teoria do risco do empreendimento. Por estar dentro do desenrolar natural da atividade desenvolvida pelo fornecedor, o caso fortuito interno não tem o condão de afastar o nexo de causalidade, nem, tampouco, o dever de indenizar.

Ao revés, **o caso fortuito externo** se constitui naquele fato que está fora do desenrolar natural da atividade desenvolvida, ou seja, trata-se de risco que não será suportado pelo fornecedor, razão pela qual terá o condão de afastar o nexo de causalidade, não havendo que se falar em dever de indenizar nesses casos, desde que, obviamente, não se verifique a existência de algum defeito.

No que tange aos responsáveis pelo dever de indenizar o consumidor quando da ocorrência de um acidente de consumo, o CDC traz regramento distinto quando se tratar de fato do produto ou do serviço.

De acordo com o art. 12 do CDC, *“o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”*.

Repare que, no primeiro momento, fica afastada a responsabilidade solidária do comerciante quando o acidente de consumo for gerado por fato do produto, sendo a sua responsabilidade subsidiária, ou seja, o comerciante será também solidariamente responsável pelo fornecedor

quando se mostrar presente qualquer das hipóteses descritas no art. 13 do CDC.

Segundo o art. 13 do CDC, “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”.

Com efeito, “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”, sendo vedado o ajuizamento de ação de denúncia da lide, nos moldes do que dispõe o art. 88 do CDC.

Em que pese a interpretação literal do art. 88 do CDC ser no sentido de que a vedação ao cabimento da denúncia da lide seja apenas para as hipóteses de fato do produto, a jurisprudência atual do STJ, bem como a do TJRJ, inclusive já sumulada, é no sentido da interpretação ampliativa, ou seja, incabível a denúncia da lide em toda e qualquer lide que verse sobre relação jurídica de consumo.

Nesse sentido é a súmula 92 do TJRJ: “Inadmissível, em qualquer hipótese, a denúncia da lide nas ações que versem relação de consumo.”

No STJ, por todos, o seguinte aresto:

*Processo REsp 1286577 / SP RECURSO ESPECIAL 2011/0242406-3
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)*

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 17/09/2013

Data da Publicação/Fonte DJe 23/09/2013

Ementa PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. FATO DO SERVIÇO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. VEDAÇÃO. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. RELAÇÃO DE CONSUMO. ARTIGOS ANALISADOS: ART. 70, III, DO CPC; ARTS. 13; 14 e 88 DO CDC.

1. Ação declaratória c/c reparação por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada em 2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 08/11/2011.

2. Discussão relativa ao cabimento da denúncia da lide em ação de responsabilidade do fornecedor por fato do serviço.

3. **A vedação à denúncia da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC). Precedentes.**

4. Recurso especial desprovido. (grifei)

Diferente do que se dá com o fato do produto, em se tratando de acidente de consumo gerado por **fato do serviço**, ***serão responsáveis perante o consumidor (direto ou por equiparação) todos os fornecedores que de alguma maneira participam da cadeia de consumo, nos moldes do art. 14 do CDC, verbis:***

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

No que tange à responsabilidade dos profissionais, de acordo com parágrafo único do art. 14 do CDC, a mesma será apurada mediante a verificação da **culpa**. Vale dizer, será o profissional liberal responsável perante o consumidor quando violar o dever jurídico preexistente em lei de **cuidado**, certo que para a presença do dever de indenizar pouco importa o grau da culpa do profissional.

Estamos aqui tratando do profissional liberal, que atua em caráter personalíssimo e sem vínculo empregatício, ou seja, procurado pelo consumidor em razão da confiança nele depositada, não importando o grau de qualificação que esse profissional possua, bem como se se trata de profissão devidamente regulamentada ou não. Basta, portanto, que não estejamos diante de um serviço prestado em massa, mas sim de forma individualizada.

Entretanto, uma distinção se faz necessária. Se a obrigação a que se obrigou o profissional liberal for *de resultado* (ex: cirurgia plástica embelezadora), estaremos diante de uma situação de **culpa presumida**, o que significa dizer que o ônus de afastar o elemento subjetivo será do profissional liberal. Por sua vez, em se tratando de obrigação de meio (ex: cirurgia plástica reparadora), estaremos diante de uma situação de **culpa provada**, o que significa dizer que o ônus de provar o elemento subjetivo será do consumidor.

Repare que, **em ambas as hipóteses, a responsabilidade continua subjetiva**. A natureza da obrigação assumida é relevante apenas para verificar a quem caberá no caso concreto comprovar ou afastar a presença da culpa.

Por fim, pode acontecer que quando o fornecedor lance no mercado de consumo o produto, e, em razão do atual estágio da

ciência e da tecnologia, ainda não seja possível de se conhecer a totalidade dos riscos que o mesmo pode acarretar à saúde e segurança do consumidor, tal como acontece com medicamentos, que não raras vezes os efeitos colaterais surgem anos depois.

Estamos aqui tratando do chamado **risco do desenvolvimento**, que segundo a melhor doutrina deve ser integralmente suportado pelo fornecedor, na medida em que quem suporta o bônus deve também suportar o ônus (risco do empreendimento). Ademais, como visto, é direito básico do consumidor ver colocados no mercado de consumo produtos seguros, bem como a efetiva e integral reparação dos danos causados por produtos defeituosos.

VÍCIO DO PRODUTO e DO SERVIÇO

Por vício se entende aquele defeito menos grave, que não é capaz de causar danos à esfera psíquica e material do consumidor, ou seja, é **aquele defeito in re ipsa, que fica adstrito ao próprio produto ou serviço, tornando-os inadequados aos fins a que se destinam. Trata-se, portanto, não de um defeito de segurança a gerar um acidente de consumo, mas sim de defeito menos grave a afetar a qualidade, utilidade e quantidade.**

Como exemplo de vício de produto, podemos citar a televisão que não liga, o rádio que não emite som. Agora, se esse defeito se exteriorizar e atingir o consumidor, em sua esfera moral ou patrimonial, termos um acidente de consumo (televisão que explode e atinge o consumidor causando-lhe queimaduras).

Com efeito, o art. 24 do CDC não deixa dúvidas ao afirmar que o consumidor tem como garantia legal a adequação do produto ou

serviço independentemente de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor, que perdurará durante o prazo de ***vida útil*** do produto, a ser analisado casuisticamente.

Ademais, tal como no fato do produto e do serviço, a responsabilidade do fornecedor pelos vícios do produto e do serviço é objetiva, em razão da violação do dever jurídico preexistente em Lei de colocar no mercado de consumo produtos e serviços adequados e ofereçam o desempenho legitimamente esperado, certo que *“a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”*. (art. 23 do CDC).

Diferente do que se dá no fato do produto, em que a responsabilidade do comerciante é subsidiária, como regra, a responsabilidade pelo vício de qualidade e quantidade do produto é solidária de todos os fornecedores, inclusive a do comerciante, é solidária e objetiva, nos moldes do que dispõem os artigos 18 e 20, ambos do CDC, *verbis*:

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

*“Art. 19. Os fornecedores **respondem solidariamente pelos vícios de quantidade** do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem*

ou de mensagem publicitária, **podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha**”

Não obstante, como exceção à regra geral da responsabilidade solidária no vício de qualidade do produto, temos o § 5º do art. 18 do CDC, segundo o qual no **“caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor”**.

Em se tratando de vício de quantidade do produto, a exceção fica por conta do disposto no § 2º do art. 19 do CDC, segundo o qual **“o fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais”**.

Outro ponto de distinção do regramento do vício do produto/serviço para o fato do produto/serviço é o sistema de reparação.

Em surgindo um **vício de qualidade do produto**, surge para o consumidor o direito de exigir do fornecedor a reparação do mesmo que, por sua vez, terá o prazo de 30 (trinta) dias para tomar tal providência, salvo quando em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial, nos moldes do § 3º do art. 18 do CDC.

No que diz respeito à essencialidade do produto, deve a mesma ser analisada em concreto levando em consideração a natureza do produto, suas características, bem como o consumidor que dele faz uso, pois o que pode ser essencial para o consumidor “A” pode não ser para o consumidor “B”.

Com efeito, se o fornecedor deixar de sanar o vício no prazo legal ou se tratar de uma das hipóteses acima descritas, o consumidor poderá, à sua livre escolha (direito potestativo seu e estado de sujeição do fornecedor), optar por uma das seguintes soluções:

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.

Em optando o consumidor pela substituição do produto viciado, necessário se faz observar a regra prevista no § 4º do art. 18 do CDC, que busca estabelecer um equilíbrio entre as partes ao dispor que: *“Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, **e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço**, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo”*.

Por sua vez, em se tratando de **vício de quantidade do produto**, o consumidor poderá desde logo exigir uma das seguintes soluções, nos termos do art. 19 da Lei 8.078/90:

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

Por sua vez, **o vício do serviço** está regulamentado no art. 20 do CDC, que estabelece **responsabilidade solidária e objetiva de todos os fornecedores**, sendo impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade, nos seguintes termos:

“Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha”

Assim, diante da constatação de um vício do serviço, poderá o consumidor desde logo adotar uma das seguintes soluções:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; (A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor - § 1º do art. 20 do CDC).

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

III - o abatimento proporcional do preço.

Como se verifica, diferente do fato do produto/serviço em que o sistema de reparação é amplo, sem qualquer restrição, no regramento do vício do produto/serviço temos um sistema de reparação limitado. Assim, o simples vício do produto/serviço por si só não gera outros danos indenizáveis.

Em verdade, o que pode ocorrer são danos relacionados ao vício

do produto/serviço, mas que dele não decorre diretamente. Trata-se de danos gerados em razão de conduta posterior do fornecedor, violadora do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, danos decorrentes de causas supervenientes, relativamente independentes, que por si só produz o resultado. A tal situação se convencionou chamar de dano ***circa rem*** (previsto no mecanismo de reparação) e ***extra rem*** (fora do mecanismo de reparação).

Como visto, diante do surgimento de um vício, possui o consumidor o direito potestativo de ver o mesmo reparado, certo que a sua **reclamação** deverá ser exercida nos prazos previstos no art. 26 do CDC, cuja natureza é **decadencial**.

Importante ter em mente que os prazos a que alude o art. 26 são prazos para reclamação, cuja contagem se inicia a partir do momento em que o vício ficou evidenciado. Não se trata, portanto, de prazo de garantia legal. Como já ressaltado, a garantia conferida pelo CDC é uma garantia de adequação e desempenho (art. 4º, I, “d” e 24), que terá lugar durante toda a **vida útil do bem**.

Assim, surgido o vício, oculto ou aparente, grave ou leve, durante o período de vida útil do bem ou da duração do serviço, deve o consumidor efetivar sua reclamação junto aos fornecedor nos seguintes moldes:

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

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

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

§ 2º Obstat a decadência:

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

II - (Vetado).

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

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

Importante, ainda, deixar registrado que o chamado **vício conhecido**, caracterizado por pequenos defeitos em produtos vendidos em promoções não são considerados como produtos viciados, desde que o vício não comprometa a utilidade e adequação do produto, não o torne perigoso ao consumidor e seja concedida uma vantagem financeira ao consumidor a justificar o suporte por parte dele do pequeno vício. Tudo isso será válido, por óbvio, se o consumidor for devidamente informado sobre a existência de tais vícios, à luz do princípio da boa-fé objetiva, verdadeiro coração de todo o direito do consumidor.

Por fim, convém deixar registrado que é nula qualquer cláusula contratual que busque limitar ou afastar o dever de indenizar, seja em razão do fato do produto/serviço ou em razão do vício do produto/serviço, conforme expressamente dispõe o art. 25 do CDC, segundo o qual:

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



Des. Maldonado de Carvalho

TEMA

Propaganda e publicidade enganosas; garantia legal e contratual e cláusulas abusivas

Como já inúmeras vezes ressaltado, no Código de Defesa do Consumidor tutela-se de maneira efetiva a confiança que o consumidor deposita no fornecedor; legítima expectativa essa, que decorre diretamente das informações que são veiculadas pelos fornecedores.

Destarte, em sendo um dos escopos da Lei consumerista o consumo consciente, ou seja, a não submissão dos vulneráveis às avançadas e agressivas práticas de marketing, o CDC traz um capítulo próprio a regulamentar a fase pré-contratual, momento em que o fornecedor divulga o seu produto e/ou sua marca, com o objetivo de atrair o consumidor para perto de si e com isso extrair alguma vantagem.

Nesse sentido, sobressai mais uma vez o dever de informação, decorrente da boa - fé objetiva, com especial destaque para o que dispõe o art. 31 do CDC, *verbis*:

“A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua por-

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

No direito brasileiro, o controle da oferta é feito de forma mista, ou seja, tanto por entidade privada quanto pelo Estado. Na forma privada, o controle da publicidade, **que não vincula o Poder Judiciário**, é efetivado pelo CONAR - Conselho Nacional de Autoregulação Publicitária (Lei 4.680/65 e Decreto 57.690/66), cuja atribuição é analisar e julgar **conflitos éticos** na veiculação de oferta e publicidade.

Nessa seara de proteção do consumidor na fase pré-contratual, a Lei 8.078/90 positiva uma séries de princípios que devem ser observados pelo intérprete e aplicador da norma, sendo eles:

Princípio da identificação publicitária - art. 36 do CDC

De acordo com o princípio da identificação publicitária, o consumidor tem o direito de saber de antemão que aquilo que lhe é apresentado, não importando a sua forma, é uma publicidade e tem objetivo de lhe oferecer algum produto ou serviço, sendo, portanto, vedada qualquer forma de publicidade clandestina ou subliminar.

Além de saber que se trata de um informe publicitário, a informação divulgada deve contar, de forma clara e adequada, a identificação do anunciante, pois só assim o consumidor poderá saber em face de quem demandar, na eventualidade de sofrer algum dano decorrente de uma publicidade abusiva ou enganosa.

Princípio da vinculação do informe publicitário - artigos 30 e 35, ambos do CDC

Como forma de tutelar a confiança depositada nas informações veiculadas pelo fornecedor, o art. 30 do CDC é expresso ao afirmar que ***“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”***.

Ao afirmar que a informação prestada integra o contratado, a norma deixa claro que a informação veiculada irá se sobrepôr aos termos do contrato que vier a ser celebrado em contradição ao que fora previamente informado, ainda que conte com a aparente adesão e concordância do consumidor.

Por força do citado dispositivo legal, a oferta e a publicidade veiculadas pelo fornecedor, naquilo que for preciso, **possui força obrigatória e é irrevogável**. Certo que o não cumprimento por parte do anunciante faz surgir para o consumidor o direito potestativo de se valer das opções previstas nos incisos do art. 35 do CDC (exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade; aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente; rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos).

As informações precisas a que alude o dispositivo são aquelas verificadas através de **critérios objetivos**, em que não se exige qualquer juízo de valor por parte do consumidor, daí que a doutrina é pacífica ao afirmar que o *puffing* (*exagero = o sorvete mais cremoso*), por não ser

auferível objetivamente não tem força vinculante. Repare que o preço (elemento objetivo), sempre terá força vinculante, não importando a espécie de informe publicitário veiculado.

Igualmente, a força vinculante deve ser medida pela boa-fé do consumidor, ou seja, somente terão força vinculante aquelas informações que criarem no **consumidor a legítima expectativa** de contratar determinado serviço ou adquirir determinado produto nos moldes como veiculado, na medida em que a boa-fé objetiva é uma via de mão dupla, a ser observada por todos os contratantes. Trata-se, portanto, de questão a ser analisada no caso concreto.

Apesar de ser irrevogável, a oferta veiculada pelo fornecedor é passível de ser limitada, como ocorre nos casos em que a própria oferta traz uma limitação (enquanto durar o estoque; promoção válida para 50 unidades, etc), bem como pela quantidade necessária ao atendimento às necessidades do consumidor ou de sua família.

Nessas limitações, o julgador deve ficar atento a eventual prática de publicidade enganosa, em que o fornecedor o faz com o nítido propósito de atrair o consumidor para o seu estabelecimento e nesse momento lhe impingir produto ou serviço que seja do seu interesse.

Princípio da veracidade e da não abusividade - art. 37, §§ 1º e 2º do CDC

Estabelece o art. 6º, IV do CDC o direito básico do consumidor “*a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços*”.

A fim de tornar efetivo tal direito básico, o CDC veda a prática da publicidade enganosa e abusiva, certo que para se configurar tais ilegalidades, basta que a publicidade tenha tão somente o ***potencial*** de ser enganosa ou abusiva, não sendo necessária a demonstração de qualquer dano efetivo por parte do consumidor.

De acordo com o § 1º do art. 37 do CDC, a publicidade enganosa é aquela em que é veiculada por qualquer meio “inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

De acordo com o dispositivo transcrito, a publicidade enganosa também pode se dar por omissão, que é o mais comum, quando ***“deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço”***, que, se fosse do conhecimento do consumidor, não teria este celebrado o contrato de consumo. (§ 3º, do art. 37 do CDC).

Por sua vez, publicidade abusiva é aquela que, ainda que verdadeira, atenta contra valores constitucionais e sociais, sendo assim re-digido o § 2º do art. 37 do CDC, sendo rol de condutas meramente exemplificativo:

“É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

Para que se configure uma publicidade enganosa ou abusiva, pouco importa a vontade do anunciante, eis que tal ilicitude é analisada sob o **prisma objetivo**. No entanto, importante deixar registrado que tais práticas **também são criminosas**, tipificadas nos artigos 67 e 68 do CDC, cuja responsabilidade **não dispensa a presença do elemento subjetivo**, sendo tais crimes de perigo, ou seja, prescinde do resultado naturalístico para sua configuração.

Princípio da inversão do ônus da prova – art. 38 do CDC

De acordo com o art. 38 do CDC, o ônus de provar a veracidade e a não abusividade de determinado informe publicitário é do anunciante, do fornecedor que a fez veicular.

Trata-se de espécie de inversão legal do ônus da prova, ou seja, o ônus da prova já nasce invertido, não precisando o julgador proferir qualquer decisão nesse sentido. Diz o art. 38 do CDC: *“O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”*.

Princípio da correção do desvio publicitário - art. 56, XII do CDC

Muitas vezes a simples condenação do fornecedor a reparar o dano causado ao consumidor ou à própria sociedade não é suficiente para inibir futuras condutas ilícitas violadoras dos direitos dos consumidores.

Ademais, como já destacado, sequer se exige o dano efetivo para que se verifique a presença de uma publicidade enganosa e abusiva. Deve se ter em mente, ainda, que o que há de mais valioso para o fornecedor é a imagem que ostenta no mercado de consumo e é justa-

mente aqui que entra em cena a sanção da imposição de contrapropaganda, prevista no art. 56, XII do CDC.

Sem prejuízo das demais sanções, importante instrumento de efetivação do direito básico do consumidor em estudo (art. 6º, VI do CDC) é a imposição pelo julgador da sanção de contrapropaganda, nos seguintes termos:

“Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas:

XII - imposição de contrapropaganda”

A complementar a regra acima citada, dispõe o art. 60 do CDC que:

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

§ 1º A contrapropaganda será divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário, de forma capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva”.

A imposição de contrapropaganda é um poderoso instrumento de prevenção de ilícitos futuros e de recomposição do direito violado que, muitas vezes, não é inteiramente recomposto pela indenização pecuniária, daí que alguns julgadores vêm aplicando a medida para situações

análogas, como por exemplo em casos que envolvam corte ilegal de energia elétrica (impõe-se ao fornecedor a obrigação de tornar público que sua conduta foi ilegal).

Questão interessante diz respeito à correta interpretação e extensão do art. 34 do CDC, mormente quando se tem em mente a regra geral de responsabilidade solidária e objetiva dos fornecedores. Diz o art. 34 do CDC:

“O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos”

A questão gira em torno de saber se o chamado garoto propaganda, veículo de comunicação ou agência de publicidade respondem juntamente com o fornecedor por danos causados em decorrência de publicidade enganosa ou abusiva.

O entendimento mais correto é aquele que prega que a responsabilidade objetiva nesse caso é do próprio anunciante, ou seja, do fornecedor detentor do conhecimento técnico e específico do serviço ou produto objeto do informe publicitário. Excepcionalmente, quando os demais atores sabem ou deveriam saber da enganiosidade ou abusividade, poder-se-ia responsabilizá-los, mormente quando lucram com a venda do produto ofertado, ou seja, a eventual e excepcional responsabilidade dos demais autores é de natureza subjetiva, devendo o elemento volitivo ser comprovado no caso concreto pelo consumidor.

Garantia Legal e contratual

Diferentemente do que a maioria dos consumidores pensa e imagina, o Código de Defesa do Consumidor não previu nenhum prazo de garantia, ou seja, não há no CDC nenhum prazo predefinido durante

o qual, caso o produto venha a apresentar alguma forma específica de vício, o fornecedor estaria obrigado a efetuar sua troca, a devolução da quantia paga ou o abatimento do preço.

Em verdade, o que prevê o Código de Defesa do Consumidor é uma garantia legal de adequação e desempenho, no sentido de que o produto adquirido pelo consumidor será apto a cumprir a finalidade para o qual ele se destina, com um desempenho dentro da legítima expectativa criada, sem apresentar qualquer risco à sua saúde e segurança.

Essa garantia legal de adequação dispensada pelo CDC é imperativa, ou seja, não pode ser afastada pela vontade das partes, bem como independe de termo expresso ou qualquer outra manifestação de vontade por parte do fornecedor.

Quanto ao limite temporal, não obstante o sistema legal de proteção e defesa do consumidor, não é razoável impor ao fornecedor seja ele um garante eterno do bem colocado no mercado de consumo. Assim, dentro do **prazo de vida útil** do bem a ser analisado casuisticamente pelo julgador, de acordo com as regras de experiência, o produto deve ser adequado à finalidade à qual ele se destina, bem como deve apresentar desempenho satisfatório de acordo com as legítimas expectativas do consumidor.

A garantia legal de adequação e desempenho se encontra prevista nos artigos 4º, III, “d” e 24, ambos do CDC. Vale dizer, a garantia legal é no sentido de que dentro do prazo de vida útil do bem, não pode o mesmo apresentar qualquer vício de inadequação, sendo nula qualquer cláusula contratual que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar (art. 25 do CDC).

O que prevê o CDC no art. 26 são prazos decadenciais de reclamação, de 30 dias (produtos e serviços não duráveis) e 90 dias (produtos e serviços duráveis), que o consumidor tem para buscar a correção do vício apresentado, contados da data em que o produto foi entregue, quando se tratar de vício aparente ou quando o vício se tornar evidenciado, quando da natureza oculta.

Regra importante é a do art. 26 § 2º do CDC, que afirma que obsta a decadência 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, bem como a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

A discussão fica por conta do significado da expressão “obsta a decadência”. Como se sabe, uma das diferenças entre a decadência e a prescrição é que o prazo decadencial não se interrompe nem se suspende. Assim, a interpretação correta do dispositivo em estudo é no sentido de que **a fluência do prazo decadencial de reclamação fica obstado, ou seja, não se inicia, enquanto o fornecedor não se manifestar de forma expressa acerca da reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor ou enquanto durar o inquérito civil.**

Assim, após a negativa do fornecedor em reparar o vício apresentado dentro do critério da vida útil, o consumidor terá 30 ou 90 dias para ajuizar a sua demanda exigindo a troca do produto, devolução da quantia paga ou o abatimento do preço (art. 18 § 1º do CDC).

Por sua vez, a garantia contratual é complementar à legal, **certo que a sua presença no caso concreto em nada abala a garantia legal de adequação e desempenho.** Trata-se de ato de mera liberalidade por parte do fornecedor e, justamente por nada influenciar na garantia

legal, **é passível de sofrer limitação quanto à sua extensão, o que é impensável em se tratando de garantia legal.**

Nesse sentido, em havendo garantia contratual, eventual vício surgido dentro de referido prazo possui a presunção legal de se tratar de um vício de fabricação, certo que se trata de um prazo único, ou seja, **eventual reparo feito nesse período não reinicia a contagem do tempo.**

Ademais, justamente por se tratar de ato de mera liberalidade, são válidas as condições impostas pelo fornecedor a fim de que a mesma continue valendo, tal como ocorre com a exigência das montadoras de veículo de que sejam feitas revisões periódicas nas concessionárias, com profissionais capacitados e conhecedores das necessidades do produto.

A garantia contratual se encontra positivada no art. 50 do CDC:

A garantia contratual é complementar à legal e será conferida mediante termo escrito

Quanto à sua forma, o parágrafo único do art. 5º do CDC dispõe que:

O termo de garantia ou equivalente deve ser padronizado e esclarecer, de maneira adequada, em que consiste a mesma garantia, bem como a forma, o prazo e o lugar em que pode ser exercitada e os ônus a cargo do consumidor, devendo ser-lhe entregue, devidamente preenchido pelo fornecedor, no ato do fornecimento, acompanhado de manual de instrução, de instalação e uso do produto em linguagem didática, com ilustrações.

Importante deixar registrado que o não preenchimento do termo de garantia por parte do fornecedor é crime tipificado no art. 74 do CDC.

Assim, em coexistindo garantia contratual e legal, primeiro se esgota a garantia contratual e, se a vida útil do bem não tiver se esgotado, a garantia legal ainda continua firme. Primeiro eu esgote a garantia contratual, para depois me valer da garantia legal, sendo esse o sentido da complementariedade a que alude o art. 50 do CDC.

Cláusulas abusivas

Em rol meramente exemplificativo, o Código de Defesa do Consumidor elenca em seu art. 51 uma série de cláusulas que reputa serem abusivas, que por consequência são nulas de pleno direito, ou seja, eivadas de **nulidade absoluta**, com as consequências daí decorrentes, em especial a **possibilidade de serem conhecidas de ofício** a qualquer tempo pelo julgador; certo que a Sentença que a reconhecer terá efeito *ex tunc*.

São cláusulas que quando presentes num contrato de consumo violam a boa-fé, podendo as mesmas estarem presentes seja no contrato de consumo de adesão ou não. Em sua essência, o rol das cláusulas abusivas tem o condão de **acentuar ainda mais o desequilíbrio existente entre o fornecedor e o consumidor**, certo que a doutrina as classifica da seguinte forma:

Cláusulas que limitam os novos direitos dos consumidores (incisos I, II, III, VI, XVI e XV do art. 51; arts. 24 e 25 todos do CDC);

Cláusulas criadoras de vantagens unilaterais para o fornecedor (incisos IX, X, XI, XII e XIII do art. 51 e art. 53 do CDC)

Cláusula “surpresa” (incisos VII e VIII do CDC).

Destarte, importante ter em mente que um dos princípios sociais do contrato é o da sua preservação. A fim de tornar efetivo tal comando social, o §2º do art. 51 do CDC é expresso ao afirmar que *“a nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”*.

Significa isso dizer que a simples presença no contrato de uma cláusula abusiva não o invalida por completo, salvo se for impossível ao juiz integrar o contrato e deixá-lo equilibrado para ambas as partes.

Por fim, insta salientar que, no sistema de proteção ao consumidor, é nula qualquer cláusula de não indenizar e, por conseguinte, qualquer limitação da indenização, sendo direito básico do consumidor a reparação efetiva e integral do dano sofrido (art. 6º , VI do CDC).

Assim, a cláusula de não indenizar quebra o necessário equilíbrio contratual, tornando nula a própria relação contratual.

A única possibilidade de indenização limitada no direito do consumidor se dá quando estivermos diante de consumidor pessoa jurídica (art. 51, I, parte final do CDC), desde que, excepcional e cumulativamente, se verifique no caso concreto: conjugação de responsabilidade por vício do produto ou serviço, consumidor pessoa jurídica e situações justificáveis (analisadas no caso concreto).

Direito em movimento

Processo : 0032167-56.2010.8.19.0021 APELAÇÃO DES. REINALDO P. ALBERTO FILHO - Julgamento: 10/09/2012 - QUARTA CÂMARA CÍVEL EMENTA: Ação Indenizatória. Alegada falha na prestação de ser-

viço de telefonia fixa. Envio de cobrança à Autora em valor superior ao plano contratado e obstado o cancelamento da linha. Não concessão de bônus da linha de celular. Consignado em Ata, na Audiência de Conciliação, a existência da propaganda enviada através do celular da Autora oferecendo “100 reais de bônus no seu pré-pago todo mês na compra de um Oi Fixo por apenas R\$26,90”. Comprovada a cobrança pela Ré em valor superior ao por ela anunciado. Publicidade enganosa e abusiva. Descumprimento do determinado pelos incisos III e IV do artigo 6º do CDC. Exsurge o dever de indenizar na forma do artigo 14 do mesmo Diploma Legal. Valor indenizatório fixado na R. Sentença que se mostra exorbitante. Inexistência de negativação do nome da Autora. Redução do dano moral para R\$5.000,00 (cinco mil reais). Enriquecimento sem causa da Recorrida que se evita. Patamar estabelecido pela jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça para casos similares. Responsabilidade contratual. Juros que devem incidir a partir da citação. Inteligência do artigo 405 do Código Civil e a correção monetária a contar da prolação do R. Julgado. Exegese do Verbete Sumular nº 97 deste Colendo Sodalício. Correta a R. Sentença neste particular. Entendimentos reiterados e sucessivos deste Colendo Sodalício, bem como dos Tribunais Superiores, o que autoriza a aplicação do § 1º- A do art. 557 do C.P.C. que se mostra possível, atendidos aos requisitos legais. Provimento Parcial

Processo : 0015461-58.2006.8.19.0208 APELAÇÃO DES. REGINA LUCIA PASSOS - Julgamento: 29/05/2012 - NONA CÂMARA CÍVEL Apelação Cível. Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória. Relação de consumo. Oficina mecânica. Conduta abusiva. Inobservância dos deveres anexos à Boa-fé objetiva. Ausência de transparência na relação com o consumidor. Desmonte do veículo com o objetivo de coagir o cliente a realizar o serviço. Propaganda enganosa. Preços veiculados nos meios de comunicação diversos daqueles apresentados ao consu-

midor. Parte ré que não desconstituiu o direito do autor, nos moldes que exige o art. 333, II, do CPC. Dano moral configurado. Circunstância que ultrapassa o aborrecimento cotidiano. Verba reparatória bem fixada, em conformidade com os parâmetros desta Corte Estadual. Precedentes citados: 0022187-16.2008.8.19.0002 - APELAÇÃO DES. FERNANDO FOCH LEMOS - Julgamento: 19/04/2012 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

APELAÇÃO DES. MARCIA ALVARENGA - Julgamento: 22/07/2013 - DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. ELETRODOMÉSTICO DEFEITUOSO. AUSÊNCIA DE CONSERTO OU SUBSTITUIÇÃO. DANO MORAL. O DEFEITO NA GELADEIRA, QUE PRIVA O CONSUMIDOR, ULTRAPASSA O MERO DESCUMPRIMENTO DE DEVER CONTRATUAL PARA ATINGIR A DIGNIDADE DA PESSOA DO CONSUMIDOR EM SUA ESFERA EXISTENCIAL, CARACTERIZANDO O DANO MORAL INDENIZÁVEL, AINDA QUE DE MENOR MONTA. O VALOR FIXADO EM R\$ 8.000,00 PELO DOUTO JUÍZO A QUO SE VERIFICA EXCESSIVO, EM COMPARAÇÃO COM O PREJUÍZO MORAL SOFRIDO E COM OS PARÂMETROS UTILIZADOS POR ESTA E. CORTE EM CASOS SEMELHANTES. REDUÇÃO DO QUANTUM PARA R\$ 2.000,00. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, COM BASE NO ART. 557, §1º-A, DO CPC. ▼



Des. Alexandre Câmara

TEMA

Inversão do ônus da prova e antecipação dos efeitos da tutela

Inversão do ônus da prova

Antes de iniciarmos a análise das regras sobre a inversão do ônus da prova previstas na Lei 8.078/90, necessário se faz fixar duas premissas básicas e imprescindíveis para a correta compreensão do tema em estudo.

A primeira premissa básica a ser lembrada é a presunção de que a relação jurídica de consumo é, por natureza, uma relação desequilibrada, em que se tem, de um lado, um consumidor vulnerável e, de outro, um fornecedor, pessoa naturalmente mais forte, pois detentora das informações acerca do serviço ou produto colocado no mercado de consumo.

Com o propósito de equilibrar essa relação jurídica, a Lei 8.078/90 traz uma série de princípios e regras tendentes a tutelar o consumidor. Entretanto, de nada adiantariam tais regras se não colocasse o legislador à disposição do vulnerável instrumentos processuais capazes de tornar tais direitos verdadeiramente efetivos no caso concreto.

Ademais, como a vulnerabilidade do consumidor também se verifica no campo processual, o legislador consumerista dotou os consumidores de mecanismos processuais capazes de superar tal desigualdade, dentre eles o instituto da inversão do ônus da prova.

Nesse contexto, o art. 6, VIII, do CDC diz ser direito básico do consumidor a *“a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”*.

Busca-se, portanto, com o instituto da inversão do ônus da prova o equilíbrio da relação jurídica na seara processual, a fim de tornar efetivo o princípio constitucional da isonomia, tratando substancialmente de forma desigual os desiguais e conferindo paridade de armas, com o que se terá uma tutela jurisdicional prestada de forma justa, efetiva e adequada.

Antes, porém, de estudar a inversão do ônus da prova, imprescindível se faz analisar a regra geral de divisão do ônus da prova prevista no Código de Processo Civil, que também tem aplicação quando o feito versar sobre relação jurídica de consumo.

As regras de divisão e distribuição do ônus da prova se encontram no artigo 333 e incisos do Código de Processo Civil, devendo tal dispositivo ser interpretado no sentido de que o **ônus de provar determinado fato sempre caberá a quem alega**, ou seja, aquele que alega determinado fato tem o ônus de provar a sua veracidade, sob pena de arcar com as consequências de não ter se desincumbido de tal mister.

Com isso quer se dizer que a divisão do ônus probatório é uma

regra de julgamento, não regra de atividade. Trata-se de uma técnica de julgamento a ser aplicada pelo julgador quando da sentença a fim de evitar o *non liquet*, nos casos em que o acervo probatório não for suficiente para formar o seu livre convencimento.

Ocorre que, em algumas situações, diante de algumas presunções legais, essa regra geral de julgamento é invertida, ou seja, diante da falta ou insuficiência do conjunto probatório, a fim de se evitar o *non liquet*, quando do julgamento do mérito, as consequências do fato alegado e não provado serão suportadas pela parte contrária, que nada alegou. É nesse contexto que se coloca o instituto da inversão do ônus da prova, que deve ser aplicado de forma criteriosa a fim de não se conferir ônus excessivo e desproporcional ao fornecedor, desequilibrando o processo.

Nas relações jurídicas de consumo, a inversão do ônus da prova pode ser de duas espécies, uma decorrente da própria lei (**inversão legal ou *ope legis***) e outra que decorre da atividade judicial (**inversão judicial ou *ope iudices***).

Na inversão legal do ônus da prova, que prescinde de decisão e não sofre qualquer controle judicial, a própria lei muda a regra do jogo, ou seja, o processo já se inicia com a regra de julgamento segundo a qual cabe ao fornecedor o ônus de provar a não existência do fato alegado pelo consumidor, sob pena de suportar os ônus da não produção de tal prova.

No direito do consumidor a inversão legal do ônus da prova somente se verifica em 3 (três) situações bem definidas: **fato do produto (art. 12, §3 do CDC), fato do serviço (art. 14, § 3) e na oferta e publicidade (art. 36, § único c/c art. 38 do CDC).**

Assim, por força da inversão legal do ônus da prova, quando o consumidor narra como causa de pedir um acidente de consumo, que deu causa a um fato do produto ou do serviço, presume-se de forma relativa a existência de um defeito, que deverá ser afastado no caso concreto pelo fornecedor. Igualmente, narrando o consumidor uma situação de publicidade abusiva ou enganosa, cabe ao fornecedor o ônus de provar a veracidade da publicidade e a sua não abusividade.

Ilustrativo é o seguinte julgado do STJ:

DEFEITO DE FABRICAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. ÔNUS DA PROVA.

No caso, houve um acidente de trânsito causado pela quebra do banco do motorista, que reclinou, determinando a perda do controle do automóvel e a colisão com uma árvore. A fabricante alegou cerceamento de defesa, pois não foi possível uma perícia direta no automóvel para verificar o defeito de fabricação, em face da perda total do veículo e venda do casco pela seguradora. **Para a Turma, o fato narrado amolda-se à regra do art. 12 do CDC, que contempla a responsabilidade pelo fato do produto. Assim, considerou-se correta a inversão do ônus da prova, atribuído pelo próprio legislador ao fabricante. Para afastar sua responsabilidade, a montadora deveria ter tentado, por outros meios, demonstrar a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor**, já que outras provas confirmaram o defeito do banco do veículo e sua relação de causalidade com o evento danoso. Além disso, houve divulgação de recall pela empresa meses após o acidente, chamado que englobou, inclusive, o automóvel sinistrado, para a verificação de possível defeito na peça dos bancos dianteiros. Diante de todas as peculiaridades, o colegiado não reconheceu cerceamento de defesa pela impossibilidade de perícia direta no veículo sinistrado.

Precedente citado: REsp 1.036.485-SC, DJe 5/3/2009. REsp 1.168.775-RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 10/4/2012. (g.n)

Por sua vez, a inversão judicial se encontra positivada no art. 6º, VIII, do CDC. Fora das situações de inversão legal do ônus da prova e ausentes os requisitos que autorizam a inversão judicial, aplica-se a regra geral de julgamento, segundo a qual cabe a quem alega o ônus da prova da veracidade de suas alegações.

Diferentemente do que ocorre na inversão legal, **na inversão judicial é imprescindível uma decisão judicial decretando a inversão do ônus da prova**, ou seja, nesses casos, a regra do jogo será necessariamente alterada por uma decisão judicial que, por óbvio, deverá ser devidamente fundamentada (art. 93, IX, da CRFB), com a demonstração da presença dos requisitos legais que autorizam a medida.

O momento processual em que a decisão determinando a inversão do ônus da prova deve ser proferida, de acordo com a melhor doutrina processual, acompanhada pela jurisprudência do STJ, é quando da **decisão saneadora**, em que o juiz, dentre outras medidas, fixará os pontos controvertidos, deferirá a produção das provas requeridas e, presentes os requisitos legais, inverterá o ônus da prova.

Não se pode deixar de ter em mente que o processo não é um fim em si mesmo, não podendo, portanto, ser uma “caixinha de surpresa” para as partes litigantes, com o que seria violado o princípio da ampla defesa e do contraditório se houvesse a decretação da inversão do ônus da prova somente quando da sentença.

Desde que respeitado o princípio do contraditório, não há problemas em se inverter o ônus da prova após a fase saneadora, durante

a fase instrutória, devendo nesse caso ser facultado ao fornecedor o direito de tentar provar a inverdade da alegação do fato sustentado pelo consumidor, ônus esse que até então não lhe cabia. Nem se diga que haveria aí alguma nulidade ou dilatação indevida do procedimento, pois, em se tratando de matéria probatória, não há que se falar em preclusão nas instâncias ordinárias.

Igualmente, é equivocado inverter o ônus da prova quando do despacho liminar positivo, pois, antes da apresentação da defesa, ainda não se sabe quais fatos serão objetos de prova, haja vista o que dispõe o art. 334 do CPC.

Sobre o tema, a jurisprudência do STJ:

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. REGRA DE INSTRUÇÃO. RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE POR VÍCIO NO PRODUTO (ART. 18 DO CDC). ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO 'OPE JUDICIS' (ART. 6º, VIII, DO CDC). MOMENTO DA INVERSÃO. PREFERENCIALMENTE NA FASE DE SANEAMENTO DO PROCESSO.

A inversão do ônus da prova pode decorrer da lei ('ope legis'), como na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (arts. 12 e 14 do CDC), ou por determinação judicial ('ope judicis'), como no caso dos autos, versando acerca da responsabilidade por vício no produto (art. 18 do CDC).

Inteligência das regras dos arts. 12, § 3º, II, e 14, § 3º, I, e 6º, VIII, do CDC.

A distribuição do ônus da prova, além de constituir regra de julgamento dirigida ao juiz (aspecto objetivo), apresenta-se também como

norma de conduta para as partes, pautando, conforme o ônus atribuído a cada uma delas, o seu comportamento processual (aspecto subjetivo). Doutrina.

Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão 'ope judicis' ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, §1º, do Projeto de Código de Processo Civil.

A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas.

Divergência jurisprudencial entre a Terceira e a Quarta Turma desta Corte.

RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

(REsp 802.832/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/04/2011, DJe 21/09/2011)

Para a válida decretação da inversão do ônus da prova, necessária se faz a presença dos requisitos verossimilhança e hipossuficiência. A grande dúvida está em saber se tais requisitos são alternativos ou cumulativos.

Verossímil é toda alegação que possui **aparência de verdade**, de acordo com aquilo que ordinariamente ocorre no mundo dos fatos. Não se exige, para o preenchimento do requisito, que o fato alegado seja verdadeiro, certeza essa que só é obtida em juízo de cognição

exauriente, quando do julgamento da causa.

Por sua vez, a hipossuficiência se dá pela insuficiência técnica do consumidor, em razão de sua baixa capacidade de produzir a prova, pelo fato de não ser o detentor da informação e da técnica.

Em razão do necessário equilíbrio que deve haver no processo, **o requisito da verossimilhança sempre deve estar presente**, razão pela qual os requisitos para a válida decretação da inversão judicial do ônus da prova são cumulativos, ainda que ao final se chegue à conclusão de que o fato verossímil não era verdadeiro.

Importante deixar registrado que a jurisprudência já se consolidou no sentido de que a decretação da inversão do ônus da prova não tem o condão de inverter o ônus econômico da prova, nos termos do que dispõe o art. 33 do CPC.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INVERSÃO. ÔNUS. PROVA.

Ao cuidar de REsp remetido pela Terceira Turma, a Seção, ao prosseguir o julgamento, reafirmou que **a simples inversão do ônus da prova, no sistema preconizado pelo CDC, não acarreta à respectiva parte o custeio das despesas**, embora essa fique sujeita aos efeitos de não a produzir. Assim, não há qualquer incompatibilidade entre a benesse da assistência judiciária gratuita e àquela inversão, pois, pelo princípio da ponderação, há que se beneficiar o consumidor por não prevalecer a orientação jurisprudencial sobre o custeio da prova pericial nos termos da Lei n. 1.060/1950. REsp 639.534-MT, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 9/11/2005. (g.n)

No mesmo sentido é a jurisprudência do TJRJ:

0051195-68.2013.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DESLUCIO DURANTE - Julgamento: 19/09/2013 - VIGÉSIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE PELO CUSTEIO DAS DESPESAS DECORRENTE DA PRODUÇÃO DA PROVA. Recurso dirigido contra decisão que deferiu a inversão do ônus da prova em favor da consumidora e atribuiu à ré o ônus de custear o pagamento da perícia. Presença dos requisitos autorizadores da inversão do ônus da prova. **Artigo 6º, VIII do CDC. Descabimento da inversão do ônus financeiro da prova. Incidência do enunciado nº 229 da súmula deste Tribunal. Desembolso imediato não pode ser imposto à Ré. Artigo 33 do CPC.** Parte beneficiária da gratuidade de justiça. Regra do artigo 11 da Lei 1060/50. Recurso ao qual se dá parcial provimento, nos termos do artigo 557, §1º-A do CPC. (g.n)

Não se pode deixar de lembrar que as normas do CDC são de ordem pública e interesse social, na forma de seu art. 1º, razão pela qual **o magistrado pode e deve inverter o ônus da prova de ofício.**

Registre-se, por fim, que a regra do art. 285-B do CPC (*“Nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso. Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013”*) não versa sobre inversão do ônus da prova, mas sim exige do demandante a delimitação precisa do objeto do processo, ratificando a regra do art. 286 do CPC, segundo a qual o pedido deve ser certo e determinado.

Antecipação da tutela

Através do instituto em estudo se concede à parte, inteira ou parcialmente, a tutela jurisdicional pleiteada antes de seu momento normal, desde que presentes certos requisitos legais. Positivada no art. 273 do CPC, a antecipação da tutela se divide em 3 espécies.

- Tutela de urgência – art. 273, I CPC
- Tutela sancionatória – art. 273, II CPC
- Tutela antecipada referente a parcela incontroversa do mérito – art. 273, § 6º do CPC

De grande importância para o direito do consumidor é a hipótese da tutela antecipada sancionatória (art. 273, II do CPC), que se dá quando o réu abusa do direito de defesa, o que acontece quando **“fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”**, ou seja, quando a defesa não for séria, o que pode se dar, por exemplo, quando as alegações defensivas violarem o ordenamento jurídico.

Assim como o instituto da inversão do ônus da prova busca o equilíbrio no processo, a antecipação da tutela tem o objetivo de redistribuir o tempo do processo, entregando àquele que anteriormente não detinha o bem jurídico buscado, desde que presentes os requisitos legais.

É justamente esse equilíbrio que vai possibilitar a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e, acima de tudo, tempestiva, tornando concreto o comando do inciso XXXV do art. 5º da CRFB. ▼

EMERJ



Dr. Juiz Werson Rego

TEMA

Solidariedade e responsabilidade subsidiária; bancos de dados e cadastros de consumidores

Antes de ser analisado as regras sobre os arquivos de consumo existentes em nosso ordenamento jurídico, importante destacar que aquele que é o detentor das informações tende a ter maior segurança quando da contratação, minimizando os riscos de vir a sofrer algum dano em decorrência no inadimplemento. Essa diminuição dos riscos é bom para todos, inclusive os consumidores, na medida em que torna o crédito mais barato, facilitando a sua obtenção.

Destaca-se, ainda, que arquivo de consumo é gênero, da qual são espécies os bancos de dados (negativo e positivo) e os cadastros de consumidores, cujo regramentos não se excluem. Ao revés, se completam e podem ser operados de forma simultânea no caso concreto.

Com o intuito de minimizar os riscos de inadimplemento do consumidor, foi criada a figura do banco de dados negativo, cujos nomes dos consumidores maus pagadores são ali incluídos, o que é bom para todo o mercado, pois, como dito, a diminuição dos riscos para o fornecedor torna o crédito mais barato, mormente quando se tem em

mente que o crédito é hoje, sem dúvidas, um instrumento de que a maioria esmagadora dos consumidores se vale para suprir as suas mais básicas necessidades.

Ocorre que quando o consumidor tem seu nome incluído no banco de dados negativo, o que se tem por abalado é o seu direito ao nome, à honra e a imagem, elementos que integram a personalidade jurídica e, por sua vez, concretizam o princípio da dignidade humana, fundamento da própria República, nos termos do art. 1º, III da CRFB. Tamanha a importância de tal tema, que possui uma seção própria para regular o exercício desse direito por parte do fornecedor.

Importante, desde logo, ressaltar que ter o nome incluído numa lista negativa não é um “privilégio” exclusivo dos consumidores que não cumprem suas obrigações. Isso porque o art. 44 do CDC é claro ao dispor que *“Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor”*.

De acordo com o disposto no art. 43 do CDC, *“o consumidor, sem prejuízo do disposto no art. 86, terá acesso às informações existentes em cadastros, fichas, registros e dados pessoais e de consumo arquivados sobre ele, bem como sobre as suas respectivas fontes”*.

A Lei 8.078/90 não traz a distinção entre bancos de dados e cadastros de consumo, categorias jurídicas que não se confundem, como acima explicitado. A diferença entre essas duas categorias se verifica em dois aspectos: a origem da informação e o seu destino.

Nos cadastros de consumo, é o próprio consumidor que, de forma consciente e voluntária, fornece as informações sobre sua pessoa, independentemente de a compra ser a crédito ou não. Tem o principal objetivo de estabelecer uma maior comunicação entre o fornecedor e o consumidor, ou seja, a fonte da informação é o próprio consumidor, ao passo que o destino é um fornecedor específico.

Por sua vez, as informações existentes no banco de dado negativo (SPC, SERASA, CDL, dentre outros) tem como destino o próprio mercado, com o objetivo de se tutelar o crédito, ou seja, a coletividade de fornecedores, que por sua vez são os responsáveis por alimentar o banco de dados com as informações da obrigação inadimplida, independentemente da vontade dos consumidores.

São informações sobre obrigações inadimplidas que são coletadas, armazenadas e transferidas a terceiros (credor potencial) de pretensos consumidores à obtenção do crédito.

Pois bem. De acordo com o disposto no art. 43 do CDC, **é direito do consumidor ter acesso às informações constantes dos arquivos de consumo**, o que significa dizer que se trata de um acesso amplo, irrestrito e gratuito, cuja violação é tipificada como infração criminal no art. 72 do CDC.

Com efeito, tais entidades exercem função de relevante interesse social, na medida em que afastam o anonimato dos atores da sociedade de consumo, auxiliam na utilização do crédito e possibilitam maior agilidade e rapidez na concessão do crédito, sendo, ainda, **consideradas entidades de caráter público** (art. 43, § 4º do CDC).

Além de ter direito às informações constantes nos arquivos de consumo, o consumidor tem direito de exigir a correção de eventual inexactidão nos seus dados e cadastros, devendo o arquivista, **no prazo de cinco dias úteis**, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas, sob pena de responder perante o consumidor por tal omissão (art. 43, § 3º do CDC), sendo, ainda, uma conduta delituosa (art. 73 do CDC).

Diante da negativa do arquivista em franquear as informações ao consumidor ou mesmo se negar a retificar suas informações, deverá o consumidor se valer da Ação de Habeas Data (Lei 9.507/97 e art. 5º, LXXII da CRFB), haja vista o caráter público de tais entidades.

Para que haja o regular exercício do direito do fornecedor de incluir o nome do consumidor nos órgãos de restrição ao crédito, imprescindível se faz que o consumidor seja previamente notificado, o que lhe permitirá o exercício do direito de ampla defesa.

Nesse sentido dispõe o art. 43, § 2º do CDC que *“A abertura de cadastro, ficha, registro e dados pessoais e de consumo deverá ser comunicada por escrito ao consumidor, quando não solicitada por ele”*.

Trata-se de clara manifestação do princípio da boa fé objetiva, em especial do dever de informação, transparência, lealdade e cooperação, certo que segundo entendimento sumulado, a obrigação da notificação prévia recai sobre o órgão cadastral, cuja ausência pode gerar o dever de indenizar, ainda que se trate de um consumidor devedor.

Eis o teor da súmula 359 do STJ: ***“Cabe ao órgão mantenedor do Cadastro de Proteção ao Crédito a notificação do devedor antes de proceder à inscrição”***

Vejamos decisão do STJ julgada com base no art. 543-C do CPC:

Processo AgRg no REsp 1186062 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL

2010/0018441-8 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 21/06/2011

Data da Publicação/Fonte DJe 28/06/2011 Ementa AGRAVO REGI-

MENTAL. RECURSO ESPECIAL. INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR EM

CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE PRÉVIA NOTIFICA-

ÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ART. 43, § 2º, DO CÓDIGO

DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ENUNCIADO 359 DA SÚMULA DO STJ.

DANO MORAL CONFIGURADO. VERBA REPARATÓRIA QUE NÃO DES-

TOA DOS PARÂMETROS DESTA EGRÉGIA CORTE. 1. ***A teor do art. 43, §***

2º, do CDC, o consumidor deve ser comunicado sobre a inscrição de

seu nome em cadastro de inadimplentes por meio de notificação postal.

2. Os órgãos mantenedores de cadastros possuem legitimidade

passiva para as ações que buscam a reparação dos danos morais e

materiais decorrentes da inscrição, sem prévia notificação, do nome

de devedor em seus cadastros restritivos, inclusive quando os dados

utilizados para a negativação são oriundos do CCF do Banco Central

ou de outros cadastros mantidos por entidades diversas.

3. A ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome

em cadastros de proteção ao crédito, prevista no art. 43, §2º do CDC,

enseja o direito à compensação por danos morais. (REsp 1.061.134/

RS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC). 4. Agravo regimental a

que se nega provimento. (g.n)

Ocorre que, o princípio da boa fé objetiva é uma via de mão dupla, ou seja, deve ser observado tanto pelos fornecedores como pelos consumidores, que em atenção ao dever de cooperação, devem sempre manter seus dados cadastrais atualizados junto aos fornecedores.

Justamente em razão de tal princípio, o STJ sumulou o entendimento, no sentido de que não se exiga aviso de recebimento para que seja cumprida a obrigação de prévia notificação, bastando que o órgão cadastral a encaminhe para o endereço fornecido pelo consumidor quando da contratação.

Trata-se da súmula 404 do STJ, segundo o qual ***“é dispensável o aviso de recebimento (AR) na carta de comunicação ao consumidor sobre a negativação de seu nome em bancos de dados e cadastros”***.

Com o propósito de facilitar o acesso a informações públicas, existem convênios segundo os quais quando se tem uma demanda executória distribuída em face do consumidor, ou se tem algum título protestado, seu nome é automaticamente encaminhado para os órgãos restritivos de crédito. Repare, não por força da conduta do fornecedor credor, mas por força de tais convênios, o que dispensa por parte de tais entidades a obrigação de prévia notificação.

Nesse ponto, vejamos a atual jurisprudência do STJ:

DIREITO CIVIL. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA PARA A INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO.

Órgão de proteção ao crédito não tem o dever de indenizar devedor pela inclusão do nome deste, sem prévia notificação, em cadastro de sabonador mantido por aquele, na hipótese em que as informações que deram ensejo ao registro tenham sido coletadas em bancos de dados públicos, como os pertencentes a cartórios de protesto de títulos e de distribuição judicial. **Isso porque não há, nesses casos, o dever de notificação prévia do devedor no tocante ao registro de sabonador, haja vista que as informações constantes em bancos de dados públicos acerca da inadimplência de devedor já possuem notoriedade**

pública. Precedente citado: EDcl no REsp 1.080.009-DF, Quarta Turma, DJe 3/11/2010. REsp 1.124.709-TO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 18/6/2013.

Com efeito, muito já se discutiu em sede doutrinária e jurisprudencial acerca do prazo que o fornecedor tem para excluir o nome do consumidor do rol de inadimplentes após a quitação da obrigação, tendo o STJ definido que tal obrigação deve ser cumprida no prazo máximo de 05 dias úteis, devendo ser aplicado ao caso de forma analógica a regra do art. 43, § 3º do CDC, certo que tal obrigação sempre caberá ao fornecedor credor.

No sentido do texto:

CADASTRO DE INADIMPLENTES. BAIXA DA INSCRIÇÃO. RESPONSABILIDADE. PRAZO.

O credor é responsável pelo pedido de baixa da inscrição do devedor em cadastro de inadimplentes no prazo de cinco dias úteis, contados da efetiva quitação do débito, sob pena de incorrer em negligência e consequente responsabilização por danos morais. Isso porque, o credor tem o dever de manter os cadastros dos serviços de proteção ao crédito atualizados. **Quanto ao prazo, a Min. Relatora definiu-o pela aplicação analógica do art. 43, § 3º, do CDC, segundo o qual o consumidor, sempre que encontrar inexatidão nos seus dados e cadastros, poderá exigir sua imediata correção, devendo o arquivista, no prazo de cinco dias úteis, comunicar a alteração aos eventuais destinatários das informações incorretas.** O termo inicial para a contagem do prazo para baixa no registro deverá ser do efetivo pagamento da dívida. Assim, as quitadas realizadas mediante cheque, boleto bancário, transferência interbancária ou outro meio sujeito a confirmação, dependerão do efetivo ingresso do numerário na esfera de disponi-

bilidade do credor. A Min. Relatora ressaltou a possibilidade de estipulação de outro prazo entre as partes, desde que não seja abusivo, especialmente por tratar-se de contratos de adesão. Precedentes citados: REsp 255.269-PR, DJ 16/4/2001; REsp 437.234-PB, DJ 29/9/2003; AgRg no Ag 1.094.459-SP, DJe 1º/6/2009, e AgRg no REsp 957.880-SP, DJe 14/3/2012. REsp 1.149.998-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/8/2012.

O Código de Defesa do Consumidor impõe dois limites temporais para a manutenção do nome do consumidor nos cadastros restritivos de crédito, na forma de seu art. 43, § 1º, segundo o qual *“Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos, claros, verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo conter informações negativas referentes a período superior a cinco anos”*.

Por força do citado dispositivo legal, as informações restritivas do crédito devem conter informações precisas e necessárias ao atendimento de sua finalidade, o controle da concessão de crédito, não sendo possível a manutenção e divulgações de outras informações pessoais do consumidor que não atendam a tal propósito, sendo vedado ao órgão restritivo de crédito estabelecer de antemão o grau de risco de inadimplência do consumidor.

Nesse sentido, assim se manifestou o TJRJ:

0005280-77.2011.8.19.0028 - APELACAO DES. RICARDO COUTO - Julgamento: 03/04/2013 - SETIMA CAMARA CIVEL AGRAVO DO §1º DO ARTIGO 557, DO CPC - APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - SERASA - NEGATIVA DE CRÉDITO DECORRENTE DE INFORMAÇÃO NEGATIVA NO BANCO DE DADOS DO SISTEMA DISPONIBILIZADO PELA RÉ, INTITULADO COMO “SCORING” - INFRINGÊNCIA ÀS NORMAS DO C.D.C.,

EM ESPECIAL O ART. 43 - DANO MORAL CONFIGURADO. I- ***O sistema de “scoring” fornecido pela SERASA caracteriza-se como uma ferramenta que possibilita às empresas associadas o conhecimento das probabilidades dos seus clientes se tornarem inadimplentes, através do emprego de estatísticas, razão pela qual deve observar as disposições do art. 43 do C.D.C., as quais, uma vez desrespeitadas, justificam o dever de indenizar.*** II- ***Atividade irregular, quer pela falta de clareza, quer pela utilização de dados com limitação temporal, ou ainda, pela difusão de situação regularizada pela adimplência, insuscetível, pois, de utilização e divulgação para qualquer finalidade que possa representar obstáculo ou impedimento ao acesso de novo crédito pelo consumidor.*** Precedentes do S.T.J. III - Não sendo esclarecido ao autor os critérios utilizados no “score” alcançado, reconhece-se o dano, o qual prescinde de prova acerca da ocorrência de prejuízo, pois ocorre *in re ipsa*, e se confirma pela negativa de crédito, mesmo sem registro negativo, que embora não documentado, devido a negativa por parte das empresas, ganha verossimilhança, em razão da comprovação do cadastro desfavorável existente em nome do Autor, no qual constam seus dados. IV - Dano moral caracterizado, e fixado em observância aos critérios da razoabilidade e proporcionalidade. V - Decisão que deu provimento ao recurso, para fixar a respectiva indenização, mantida. VI- Recurso conhecido, a que se nega provimento.

De acordo com o dispositivo legal destacado, ***o nome do consumidor só pode permanecer legitimamente negativado pelo prazo máximo de 05 (cinco) anos, a contar da data do inadimplemento da obrigação e não da inscrição propriamente dita.***

Quanto ao tema, destaca-se a súmula 323 do STJ: ***“A inscrição de inadimplente pode ser mantida nos serviços de proteção ao crédito por, no máximo, cinco anos, independentemente da prescrição da execução”.***

Sem prejuízo, o segundo limite temporal consta de forma expressa do § 5º do art. 43 do CDC, que diz que ***“Consumada a prescrição relativa à cobrança de débitos do consumidor, não serão fornecidas, pelos respectivos Sistemas de Proteção ao Crédito, quaisquer informações que possam impedir ou dificultar novo acesso ao crédito junto aos fornecedores”***.

A prescrição a que se refere o dispositivo legal é a da **pretensão de cobrança da obrigação e não a prescrição da força executória do título que materializa a obrigação inadimplida por parte do consumidor**. Assim, o nome do consumidor somente pode ficar validamente negativado **pelo prazo máximo de 05 anos ou, se for verificada no caso concreto, a prescrição para pretensão de cobrança da obrigação inadimplida, o que vier primeiro**.

Ultimado o limite temporal, compete ao fornecedor a obrigação de excluir o nome do consumidor dos cadastros restritivos de crédito, sendo prescindível qualquer manifestação do consumidor nesse sentido, sob pena de responder pela manutenção indevida do nome do consumidor no rol de inadimplentes, ainda que a inscrição tenha sido legítima, dano moral esse que se verifica *in re ipsa*, sem prejuízo de eventuais danos materiais.

Nessa temática, importante chamar atenção para o disposto no art. 206, § 3º, VIII do Código Civil, que prevê prazo de 3 anos para a cobrança de obrigação materializada em título de crédito, que segundo a melhor doutrina só tem aplicação aos títulos de crédito atípicos (art. 903 do CC).

Sem embargo, alguns operadores do direito entendem que, se o débito do consumidor estiver materializado em título de crédito, por

se tratar de prazo mais favorável a ele, o limite temporal passa a ser o de três anos.

Para que o nome do consumidor seja validamente negativado, é necessário que seja em razão de uma dívida líquida, vencida e exigível e que preencha os requisitos acima destacados, **certo que tanto a inscrição indevida, como a manutenção indevida de registros validamente formulados geram dano moral a ser indenizado, que se dá in re ipsa, ou seja, o dano moral decorre da própria negativação ou manutenção indevida, sendo a responsabilidade de natureza objetiva.**

A grande dificuldade nessa temática é quanto à quantificação do valor da indenização, certo que o melhor critério a ser adotado é aquele que leva em consideração a extensão das consequências gravosas para o consumidor que teve o crédito ilegalmente tolhido, bem como o tempo de negativação. Segundo pensamos, diante da importância que o crédito possui na sociedade de consumo atual, certamente a negativação indevida atinge mais gravemente aquele que depende exclusivamente desse instrumento para o suprimento de suas necessidades mais básicas, eis que a inclusão de seu nome no rol de inadimplentes significa sua exclusão por completo do mercado de consumo.

No que concerne ao dever de indenizar, convém ressaltar o teor da súmula 385 do STJ, segundo o qual ***“Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”***.

De acordo com o STJ, se o consumidor já foi devidamente inscrito nos cadastros restritivos de crédito, as posteriores negativações, ainda que indevidas, geram apenas o dever de correção dos danos, mas não

dano moral indenizado, o que é criticado por toda a doutrina, haja vista a importância do direito fundamental violado (nome), atrelado à própria dignidade humana.

Ademais, tal entendimento é contrário e incompatível com outra súmula do STJ (370), onde é afirmado que “*caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado*”, independentemente de qualquer negativação do nome do consumidor.

Quanto ao prazo prescricional para se buscar indenização pela negativação indevida, diversos julgados apontam para a aplicação do prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 27 do CDC. Ocorre que tal prazo é exclusivo para as hipóteses de acidente de consumo (fato do produto ou do serviço), conceitos que não se encaixam com perfeição à hipótese em estudo, razão pela qual, aplicando a teoria do diálogo das fontes (art. 7º, parágrafo único do CDC), o prazo a ser aplicado será o geral do Código Civil, de 10 anos, na forma de seu art. 205. De acordo com o STJ:

REsp 1276311 / RS RECURSO ESPECIAL 2008/0236376-7

Relator(a)

Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140)

Órgão Julgador

T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento

20/09/2011

Data da Publicação/Fonte

DJe 17/10/2011

RSTJ vol. 225 p. 664

Ementa

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. RELAÇÃO ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO

DE EMPRÉSTIMO EXTINGUINDO O DÉBITO ANTERIOR. DÍVIDA DEVIDAMENTE QUITADA PELO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SPC, DANDO CONTA DO DÉBITO QUE FORA EXTINTO POR NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL.

1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC.

2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da “actio nata”, o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências.

3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual.

4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma.

5. Recurso especial não provido.

O decreto 2.181, de 20 de março de 1997, que regulamentou o Código de Defesa do Consumidor também regulou a matéria objeto do presente estudo, nos seguintes moldes:

“Art. 13. Serão consideradas, ainda, práticas infrativas, na forma dos dispositivos da Lei nº 8.078, de 1990:

...

X - impedir ou dificultar o acesso gratuito do consumidor às infor-

mações existentes em cadastros, fichas, registros de dados pessoais e de consumo, arquivados sobre ele, bem como sobre as respectivas fontes;

XI - elaborar cadastros de consumo com dados irreais ou imprecisos;

XII - manter cadastros e dados de consumidores com informações negativas, divergentes da proteção legal;

XIII - deixar de comunicar, por escrito, ao consumidor a abertura de cadastro, ficha, registro de dados pessoais e de consumo, quando não solicitada por ele;

XIV - deixar de corrigir, imediata e gratuitamente, a inexatidão de dados e cadastros, quando solicitado pelo consumidor;

XV - deixar de comunicar ao consumidor, no prazo de cinco dias úteis, as correções cadastrais por ele solicitadas”

Por fim, importante deixar consignado que a Lei 10.414, de 09 de junho de 2011 criou o chamado cadastro positivo dos consumidores, que possui como objetivo a coleta, manutenção e circulação de dados e informações dos consumidores relativos, tão somente, ao adimplemento do consumidor, ou seja, o histórico positivo de compras do consumidor.

Diferente do que ocorre com as informações negativas, **as informações positivas do consumidor necessariamente devem contar com a autorização do consumidor para sua coleta, armazenamento e circulação.**

Quanto ao dever de indenizar os danos causados aos consumidores, convém destacar o art. 16 da mencionada Lei, que assim dispõe: **“O banco de dados, a fonte e o consulente são responsáveis objetiva e solidariamente pelos danos materiais e morais que causarem ao cadastrado”.**

No que concerne ao prazo em que a informação positiva pode constar dos banco de dados, desde que devidamente autorizado pelo fornecedor, o art. 14, da Lei 12.414/2011 dispõe que “as informações de adimplemento não poderão constar de bancos de dados por período superior a 15 (quinze) anos”, prazo esse que, segundo a doutrina, é excessivamente longo e deveria se compatibilizar com o prazo de 05 anos do art. 43, § 1º do CDC.

Como já ressaltado, tratam-se de sistemas compatíveis entre si e não autoexcludentes, devendo a análise do risco no fornecimento do crédito ser feita pelo fornecedor casuisticamente, levando em conta o histórico positivo e negativo do consumidor. ▼



Dr. Samuel Côrtes

TEMA

Desconsideração da personalidade jurídica; prescrição e decadência.

Dentre os direitos básicos do consumidor, de elevada importância, é o da reparação integral de todos os danos ocasionados pelo fornecedor, parte mais forte na relação jurídica de consumo. De acordo com o art. 6º, IV do CDC, é direito básico do consumidor *“a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”*.

Com o objetivo de concretizar e tornar efetivo o direito à reparação integral do dano sofrido, o legislador colocou à disposição dos consumidores uma série de instrumentos processuais hábeis a tanto. É justamente nesse contexto que entra em cena o instituto da desconsideração da personalidade, medida excepcional que tem como grande objetivo a concretização do direito à reparação integral do dano.

A desconsideração da personalidade jurídica, portanto, é um instrumento processual colocado à disposição dos credores com o objetivo de possibilitar a satisfação integral do crédito exequendo, com o que se terá respeitado o comando do art. 5º, XXXV da CRFB, que clama

por um acesso à justiça efetivo e adequado e não apenas um acesso meramente formal.

Com o objetivo de fomentar o crescimento econômico, o ordenamento jurídico houve por bem criar uma ficção jurídica, que é justamente a ideia de pessoa jurídica dotada de total autonomia, em especial de autonomia financeira; certo que o patrimônio social da pessoa jurídica não se confunde com o patrimônio de seus sócios.

Assim, como regra, se a obrigação pelo adimplemento de determinada obrigação for da pessoa jurídica, será ela a responsável a tanto, devendo o seu próprio patrimônio ser utilizado no pagamento daquela obrigação - certo que, somente de forma subsidiária e respeitados os limites de cada tipo societário, a obrigação recairá no patrimônio de seus sócios.

Através do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, o manto da pessoa jurídica é afastado, em concreto, de modo que o credor possa atingir diretamente o patrimônio de seus sócios, desde que presentes os requisitos legais.

Diz-se em concreto, pois a análise e efetivação da medida, permitida tão somente em fase de execução, será para o caso concreto em que a mesma for decretada, não se estendendo a outras obrigações sociais ou casos futuros.

Ocorre que, não raras vezes, a pessoa jurídica se desvirtua de seus fins e sua existência passa a servir de escudo para a prática de fraudes por seus sócios, com o nítido propósito de frustrar os credores sociais. É justamente nesse momento que se sobressai o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

Torna-se a pessoa jurídica manipulável por sócios ou administradores inescrupulosos, com vistas à consumação de fraudes ou abusos de direito, cometidos por meio da personalidade jurídica da sociedade que lhes serve de anteparo.

Essa constatação deu ensejo à criação da doutrina intitulada de *disregard doctrine ou disregard of legal entity*, também conhecida como teoria do superamento ou teoria da penetração. Realmente, a personalização e a consequente autonomia patrimonial não devem corresponder, necessariamente, à limitação da responsabilidade dos integrantes. É, pois, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica que autoriza o afastamento da autonomia patrimonial.

Ocorre que, por se tratar de medida excepcional, **a ser aplicada na fase de execução do título judicial, ação de execução de título extrajudicial e procedimento falimentar**, necessário se faz o preenchimento dos requisitos legais que autorizam a sua adoção. Com efeito, partindo da premissa de que a relação jurídica de consumo é desequilibrada, com necessidade de se tutelar a parte vulnerável, os requisitos legais são mais brandos do que aqueles que se exigem para a relação jurídica regrada pelo Código Civil, em que se parte da premissa de que foi travada por pessoas iguais.

Para bem entender o que dispõe o Código de Defesa do Consumidor, imprescindível se faz a análise do instituto no Código Civil.

De acordo com o art. 50 do Código Civil, *“em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam esten-*

didos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Verifica-se inicialmente que, para a adoção da desconsideração da personalidade jurídica no direito civil, necessário se faz um requerimento expresso nesse sentido, seja do Ministério Público ou da parte interessada.

O art. 50 do Código Civil adotou a chamada teoria maior ou subjetiva da desconsideração da personalidade jurídica, em que se exige a comprovação de uma conduta fraudulenta, pautada por uma conduta dolosa, ou seja, de um abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial.

Significa dizer, que estão afastadas as hipóteses de mera impontualidade do devedor (pessoa jurídica).

Nesse sentido, é o entendimento da amplamente majoritária e atual jurisprudência do STJ:

FALÊNCIA - ARRECADAÇÃO DE BENS PARTICULARES DE SÓCIOS-DIRETORES DE EMPRESA CONTROLADA PELA FALIDA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (DISREGARD DOCTRINE) - TEORIA MAIOR - NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO ANCORADA EM FRAUDE, ABUSO DE DIREITO OU CONFUSÃO PATRIMONIAL - RECURSO PROVIDO

1. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica - disregard doctrine -, conquanto encontre amparo no direito positivo brasileiro (art. 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 4º da Lei nº 9.605/1998, art. 50 do CC/2002, entre outros), deve ser aplicada com cautela, diante da previsão de au-

tonomia e existência de patrimônios distintos entre as pessoas físicas e jurídicas.

2. A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/2002 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a -teoria maior- acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos.

3. No caso dos autos, houve a arrecadação de bens dos diretores de sociedade que sequer é a falida, mas apenas empresa controlada por esta, quando não se cogitava de sócios solidários, e mantida a arrecadação pelo Tribunal *a quo* por -possibilidade de ocorrência de desvirtuamento da empresa controlada-, o que, a toda evidência, não é suficiente para a superação da personalidade jurídica. Não há notícia de qualquer indício de fraude, abuso de direito ou confusão patrimonial, circunstância que afasta a possibilidade de superação da pessoa jurídica para atingir os bens particulares dos sócios.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 693.235/MT, 4ª T., Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 17.11.2009, DJe 30.11.2009)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL - INEXISTÊNCIA DE BENS DE PROPRIEDADE DA EMPRESA EXECUTADA - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - INVIABILIDADE - INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/2002 - APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A mudança de endereço da empresa executada, associada à inexistência de bens capazes de satisfazer o crédito pleiteado pelo exequente, não constitui motivos suficientes para a desconsideração da sua per-

sonalidade jurídica.

A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro é aquela prevista no art. 50 do CC/2002, que consagra a teoria maior da desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.

Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (teoria maior subjetiva da desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (teoria maior objetiva da desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.

Recurso especial provido para afastar a desconsideração da personalidade jurídica da recorrente.

(REsp 970.635/SP, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. 10.11.2009, DJe 01.12.2009)

Ademais, a jurisprudência mais recente do STJ é no sentido de que a simples dissolução irregular, por si só, não autoriza com base na teoria maior a adoção da desconsideração da personalidade jurídica, *verbis*:

AgRg no AREsp 159889 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0059910-4 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 15/10/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 18/10/2013 Ementa AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 50 DO CC/2002. TEORIA MAIOR. MUDANÇA DE ENDEREÇO DA EMPRESA. INSUFICIÊNCIA. AFERIÇÃO DA PRESENÇA DOS ELEMENTOS AUTORIZADORES DA TEORIA DA DISREGARD DOCTRINE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. A desconsideração da personalidade jurídica, à luz da teoria maior acolhida em nosso ordenamento jurídico e encartada no art. 50 do Código Civil de 2002, reclama a ocorrência de abuso da personificação jurídica em virtude de excesso de mandato, a demonstração do desvio de finalidade (ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica) ou a demonstração de confusão patrimonial (caracterizada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação patrimonial entre o patrimônio da pessoa jurídica e dos sócios ou, ainda, dos haveres de diversas pessoas jurídicas).
2. A mudança de endereço da empresa executada não constitui motivo suficiente para a desconsideração da sua personalidade jurídica. Precedente.
3. A verificação da presença dos elementos autorizadores da disregard, elencados no art. 50 do Código Civil de 2002, demandaria a reapreciação das provas carreadas aos autos, providência que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido

AgRg no AREsp 251800 / SPAGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0232243-2 Relator(a) Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI (1145) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 03/09/2013

Data da Publicação/Fonte DJe 13/09/2013 Ementa AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES SEM BAIXA NA JUNTA COMERCIAL. REQUISITOS. AUSÊNCIA. VALORAÇÃO DA PROVA. EQUÍVOCO. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO PROVIMENTO.

1. A mera circunstância de a empresa devedora ter encerrado suas atividades sem baixa na Junta Comercial, se não evidenciado dano decorrente de violação ao contrato social da empresa, fraude, ilegalidade, confusão patrimonial ou desvio de finalidade da sociedade

empresarial, não autoriza a desconsideração de sua personalidade para atingir bens pessoais de herdeiro de sócio falecido.

Inaplicabilidade da Súmula 435/STJ, que trata de redirecionamento de execução fiscal ao sócio-gerente de empresa irregularmente dissolvida, à luz de preceitos do Código Tributário Nacional.

2. A errônea valoração da prova configura-se nos casos de violação a princípio, ou lei federal, no campo probatório, não se aplicando ao caso presente em que a alteração da conclusão no acórdão recorrido demandaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

Ocorre que, em se tratando de relação jurídica de consumo, **não tem aplicação o art. 50 do Código Civil, mas sim o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor,** em especial o seu § 5º, que, segundo a melhor doutrina e o STJ adotou a chamada teoria menor ou objetiva da desconsideração da personalidade jurídica.

Eis a redação do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor:

“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 insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração”.

Repare que a grande diferença do dispositivo legal acima citado e o já estudado art. 50 do CC é que aqui se permite a desconsideração em razão tão somente da má administração, o que não se mostra possível no regramento do Direito Civil, em que a presença de conduta

fraudulenta se mostra imprescindível.

Ademais, as normas protetivas no Código de Defesa de Consumidor são de ordem pública e de interesse social (art. 1º, CDC), o que significa dizer que, o juiz não só pode, como deve, determinar a desconsideração da personalidade jurídica de ofício, desde que respeitado o princípio do contraditório na acepção mais moderna (poder de influência), ainda que diferido.

Mas o que há de mais peculiar e importante nessa temática se encontra no § 5º, do art. 28 do CDC, segundo o qual **“também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”**.

De acordo com o citado dispositivo legal, que segundo o STJ possui vida própria, ou seja, sua interpretação não se dá à luz de seu *caput*, a execução do patrimônio do sócio por obrigação social está vinculada à impontualidade ou insatisfação do crédito, sem perquirir acerca da utilização fraudulenta/regular ou do abuso.

Basta, portanto, o não pagamento da obrigação, da indenização devida ao consumidor por parte do fornecedor pessoa jurídica, para que seja possível a execução direta do patrimônio de seus sócios.

Obviamente que, em se tratando de uma medida extrema e excepcional, a medida só terá lugar quando o consumidor esgotar por completo todas as tentativas de localização de bens sociais livres e passíveis de penhora.

Vejamos a jurisprudência do STJ nessa temática:

RESPONSABILIDADE CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR - RECURSO ESPECIAL - SHOPPING CENTER DE OSASCO/SP - EXPLOSÃO - CONSUMIDORES - DANOS MATERIAIS E MORAIS - MINISTÉRIO PÚBLICO - LEGITIMIDADE ATIVA - PESSOA JURÍDICA - DESCONSIDERAÇÃO - TEORIA MAIOR E TEORIA MENOR - LIMITE DE RESPONSABILIZAÇÃO DOS SÓCIOS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - REQUISITOS - OBSTÁCULO AO RESSARCIMENTO DE PREJUÍZOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES - ART. 28, § 5º

Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações.

Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração).

A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no direito do consumidor e no direito ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.

Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades eco-

*nômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, **ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba**, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.*

A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Recursos especiais não conhecidos.

(REsp 279273/SP, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, Relª p/o Ac. Min. Nancy Andrighi, J. 04.12.2003, DJ 29.03.2004, p. 230)

Quanto ao devido processo legal a ser adotado, doutrina e jurisprudência já se encontram pacíficas no sentido de não ser necessária Ação própria para tanto, bastando mero requerimento do interessado com a demonstração e comprovação dos requisitos autorizadores da medida, com a ressalva de que, nas lides de consumo, o juiz pode se valer do instituo de ofício, desde que respeitado o princípio do contraditório, ainda que diferido.

Assim, havendo suficientes evidências de que seja capaz e possível a adoção de tal forma de responsabilização secundária dos sócios, com a adoção da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, os indícios devem se limitar à indicação de insuficiência de patrimônio da sociedade empresária para fazer frente à satisfação do crédito. Havendo tal prova, o juiz está autorizado, desde logo, a des-

considerar a personalidade jurídica, tornar efetiva a medida de constrição patrimonial (penhora), para só então determinar a citação dos sócios.

Nesse sentido, o STJ vem decidindo que:

Processo REsp 686112 / RJ RECURSO ESPECIAL 2004/0133803-4 Re-lator(a) Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 08/04/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 28/04/2008 Ementa PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PENHORA DOS BENS DO SÓCIO. NECESSIDADE DE CITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO.

1. Não há por que falar em violação do art. 535, II, do CPC nas hipóteses em que o acórdão recorrido, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, as questões suscitadas nas razões recursais.
2. Impõe-se a citação do sócio nos casos em que seus bens sejam objeto de penhora por débito da sociedade executada que teve a sua personalidade jurídica desconsiderada.
3. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando não demonstra o recorrente a identidade de bases fáticas entre os julgados indicados como divergentes.
4. Recurso especial não conhecido.

Uma vez decretada a desconsideração da personalidade jurídica, os sócios passam a ser parte do processo, podendo apresentar os meios de defesa inerentes a tal condição, ou seja, embargos a execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, a depender da hipótese concreta. Em se tratando de decisão interlocutória, da deci-

são que determinar a desconsideração da personalidade jurídica cabe agravo de instrumento, que pode ser interposto, tanto pelos sócios, quanto pela própria pessoa jurídica.

De acordo com o art. 3º do CDC, o fornecedor também pode ser pessoa física. Em sendo ele também sócio de pessoa jurídica, pode ter lugar a chamada **desconsideração inversa da personalidade jurídica**, em que se afasta a pessoa física, de modo a atingir o patrimônio social de pessoa jurídica da qual ele participa.

Prescrição e Decadência no CDC

Por Prescrição, entende a perda da pretensão de exigir em juízo um direito subjetivo, estando a matéria regrada no art. 27 do CDC, exclusivamente voltada para os casos de fato do produto ou do serviço.

Interessa notar, que o prazo prescricional a que alude o art. 27 do CDC, não se aplica a toda a qualquer demanda de consumo, mas sim àquelas que versem sobre um acidente de consumo, sendo sua interpretação, portanto, restritiva. Aos demais casos, aplicam-se os prazo do Código Civil.

Segundo o art. 27 do CDC, “prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a **contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria**”.

Diante da ausência de norma específica, aplicam-se ao CDC as causas de suspensão e interrupção do prazo prescricional previstas no Código Civil. Diferentemente do que se dá no regramento do direito civil, o prazo prescricional somente se inicia quando o consumidor to-

mar conhecimento de toda a extensão do dano e sua autoria. Trata-se de medida salutar, mormente nos casos de danos decorrentes de medicamento, em que somente anos e anos depois de percebe os efeitos colaterais do produto.

Por sua vez, os prazos decadenciais se encontram no art. 26 do CDC. São prazos para que o consumidor exerça o direito potestativo de reclamação quanto aos vícios de qualidade e quantidade dos produtos e serviços, nos seguintes termos:

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

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

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

*§ 2º **Obstam a decadência:***

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

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

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

Tal como se dá com o art. 27 do CDC, a interpretação aqui também é restritiva, ou seja, esses prazos se limitam ao exercício do direito de reclamação quanto aos vícios aparentes e de fácil constatação. Nesse sentido é a Súmula 477 do STJ: “**A decadência do art. 26 do CDC não é aplicável à prestação de contas para obter esclarecimentos sobre**

cobrança de taxas, tarifas e encargos bancários”.

A grande discussão fica por conta da expressão -obsta a decadência- pois, como se sabe, uma das diferenças desse instituto para o da prescrição é que os prazos decadenciais não se interrompem nem se se suspendem.

Não obstante algumas vezes no sentido de que estaríamos diante, de uma exceção à regra geral e que o prazo decadencial seria objeto de interrupção (Sergio Cavalieri Filho) ou de suspensão, a atual jurisprudência do TJRJ é no sentido de que, formulada a reclamação junto ao fornecedor, o prazo fica obstado, ou seja, tem seu início postergado até a resposta inequívoca do fornecedor ou término do inquérito civil. Nesse sentido:

0005084-51.2011.8.19.0079 - APELAÇÃO DES. MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 30/04/2013 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DIREITO DO CONSUMIDOR. APARELHO DE DVD AUTOMOTIVO. VÍCIO DO PRODUTO. DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. ART. 26, § 2º DO CDC. FATO DO PRODUTO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ART. 27, DO DIPLOMA CONSUMERISTA. DANOS MATERIAL E MORAL CARACTERIZADOS. VERBA REPARATÓRIA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. **1. A contagem do termo inicial da decadência, diante da constatação de um vício aparente, é a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução do serviço (art. 26, § 1º). Tratando-se de vício oculto, ao revés, o termo inicial para a reclamação sobre produto ou serviço durável passa a ser contado a partir da data em que o defeito torna-se conhecido (art. 26, § 3º). 2. obsta, porém, o início do prazo decadencial como assim prevê, o § 2º do art. 26 do CDC, a reclamação comprovadamente formulado pelo consumidor perante o fornecedor, até que a resposta negativa lhe**

seja transmitida de forma inequívoca. 3. Cessada a causa do impedimento, inicia-se a contagem do prazo decadencial, como previsto nos incisos I (produtos e serviços não duráveis) e II (produtos e serviços duráveis).

3. O DVD adquirido pelo autor foi encaminhado para a assistência técnica no prazo da garantia contratual, o que obsteu o início do prazo decadencial até a data em que a ação foi ajuizada, fato ocorrido em 09/11/2011, como assim prevê o art. 26, parágrafo 2º, I, nos seguintes termos: “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”. Não há, pois, decadência a ser declarada. 4. A omissão reiterada na reparação do defeito reclamado pelo consumidor, sem solução ou simples comunicação sobre eventual e justificável demora, é causa suficiente para o desfazimento do negócio, com “a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos”, consoante os termos do artigo 18, § 1º, II, do CDC. 5. Logo, faz jus o autor à restituição imediata do valor pago pelo aparelho, que, além de não ser mais fabricado, não foi sequer devolvido pela ré, o que demonstra o total descaso e desrespeito aos direitos do consumidor. 6. Quanto à reparação pelo dano extrapatrimonial, é evidente que as expectativas frustradas vividas pelo autor, em parelho com o total descaso com a observância dos direitos elementares dos consumidores e a não submissão aos deveres e obrigações previstas no CDC para as relações de consumo, são, sem qualquer dúvida, mais do que suficientes para a configuração do dano moral, passível de reparação civil. PROVIMENTO DO RECURSO (g.n) ▼



Des. Marcelo Buhaten

TEMA

Ações Coletivas; interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

Ao longo do tempo, a ciência processual vem enfrentando o grande desafio de criar um sistema que seja capaz de possibilitar uma prestação jurisdicional justa, adequada, célere e efetiva, dando concretude ao princípio Constitucional do acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV da CRFB.

Com as ações coletivas não é diferente. O seu principal escopo é justamente ampliar o **acesso à justiça**, no sentido de prestar uma tutela jurisdicional diferenciada, adequada e efetiva, voltada à tutela dos direitos coletivos, bem como à tutela coletiva de direitos individuais, quando presentes os requisitos legais.

Ademais, através das ações coletivas, visa-se a uma maior efetivação do direito material, bem como otimização e racionalização na prestação jurisdicional, a fim de se obter maior **segurança jurídica**, evitando-se decisões contraditórias em demandas similares, na medida em que, através das ações coletivas, busca-se solucionar o maior número possível de conflitos de interesses através de um único processo.

Estamos aqui tratando sobre processo civil coletivo, que visa a servir de instrumento de tutela e efetivação dos direitos coletivos, pertencentes a toda a sociedade ou a determinada comunidade, bem como dos chamados direitos individuais homogêneos, pertencentes a indivíduos determinados, mas que, por política legislativa, se facultam à utilização das regras e princípios do processo coletivo, com o escopo maior de conferir segurança jurídica e economia processual.

Na ausência de um Código de Processo Civil com regras próprias e específicas para a tutela de direitos metaindividuais, fala-se da existência de um microsistema de processo coletivo, cujo núcleo duro é composto pela Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que dialogam entre si e são aplicadas a toda e qualquer Ação coletiva, não importando a natureza do direito a ser tutelado (art. 90 do CDC c/c art. 21 da Lei 7.347/85).

Também é parte integrante desse microsistema, dentre outras, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), de elevada importância democrática e social, na medida em que tem por objetivo a tutela do patrimônio público e a moralidade na gestão da coisa pública, prevendo sanções para o agente público ou terceiro que cometa ato ímprobo, bem como as regras processuais destinadas a tornar efetiva a sanção cabível para o ato ilegal praticado. Isso porque o direito à probidade na administração é de titularidade de toda a sociedade.

Também não se pode esquecer da Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular), sendo a única a conferir legitimidade ativa *ad causam* aos cidadãos, a fim de que possam zelar pela coisa pública e pela moralidade na administração pública. Vale dizer, com exceção da Ação Popular, o indivíduo não tem legitimidade para se valer das Ações coletivas, ainda

que seja titular de parcela do direito violado, o que, por óbvio, não obsta o ajuizamento de ação tendente a tutelar seu direito individual.

Os direitos que são objeto de tutela do processo coletivo são os chamados difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos, nos termos dos incisos do Parágrafo único do art. 81 do CDC.

Como terceira geração dos direitos e garantias fundamentais, os direitos difusos são aqueles cujo titular é a sociedade, composta por pessoas indeterminadas ou de difícil determinação. São direitos que transcendem ao indivíduo, sendo, portanto indivisíveis e indisponíveis, sendo que os membros da sociedade se ligam entre si por uma circunstância de fato (o evento lesivo ou ameaça de lesão).

Por se tratar de direito indivisível, a decisão deve ser uniforme para todos os integrantes da sociedade lesada, donde se conclui que eventual Ação movida por associação não necessita de qualquer autorização assemblear, como ocorria no passado. Quando se diz que a decisão será igual para todos - quer se dizer que, coletivamente, a decisão deverá ser uniforme. Ou se concede a tutela jurisdicional para toda a sociedade, ou não se concede, fato que em nada abala eventual Ação individual por quem se sentir lesado em sua esfera pessoal pela conduta ilegal.

Os direitos coletivos em sentido estrito são aqueles cujo titular é uma comunidade, caracterizada por um grupo, classe ou categoria de pessoas indeterminadas, mas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Tal como os direitos difusos, trata-se de direito indivisível e indisponível.

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos são direitos individuais que, por política legislativa, se permite a tutela através do

processo coletivo. Seus titulares são pessoas determinadas sendo, portanto, divisível. Para que se permita a tutela coletiva de tais direitos é necessário que haja uma ligação de fato ou de direito entre seus titulares ou entre esses e a parte contrária, devendo a essa ligação ter uma origem comum e ser relevante do ponto de vista social, como por exemplo um grande acidente aéreo.

Foi justamente a partir do Código de Defesa do Consumidor que o sistema jurídico pátrio, influenciado pelas *class action* do direito norte-americano, passou a permitir a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Através da tutela dos direitos individuais homogêneos, busca-se uma sentença condenatória genérica, em que se reconheça a ilegalidade da conduta impugnada e o dever de indenizar os indivíduos lesados, na forma do art. 95 do CDC, que assim dispõe:

Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados

A partir daí, cada indivíduo lesado, pessoalmente, ou através dos legitimados a tutelar tais direitos de forma coletiva, poderá liquidar e executar seu dano, tudo conforme art. 97 do CDC, verbis:

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82

Justamente por se tratar de um direito de cunho individual, sem prejuízo de eventual ação coletiva ajuizada, nada impede que o indivíduo lesado ajuíze uma ação tendente a reparar seu dano, não

havendo que se falar em litispendência nesse caso. Entretanto, de acordo com o art. 104 do CDC, os efeitos da sentença de procedência proferida nos autos da Ação coletiva somente irá lhe estender, se requerer a suspensão de sua demanda individual no prazo de 30 dias a contar do conhecimento do ajuizamento da ação coletiva.

Não obstante a regra acima citada, a fim de conferir maior racionalização na prestação jurisdicional e por razões de economia processual, o entendimento atual do STJ é no sentido de que tomando o magistrado conhecimento do ajuizamento de uma ação coletiva tendente a fixar o dever de indenizar em casos de dano em massa, deve ele determinar de ofício a suspensão da demanda individual que tenha como causa de pedir os mesmos fatos que sustentam a demanda coletiva.

De acordo com o STJ:

Processo REsp 1110549 / RS RECURSO ESPECIAL 2009/0007009-2
Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI (1137) Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 28/10/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 14/12/2009 RSTJ vol. 217 p. 788 Ementa RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art.

543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido.

Como já acima destacado, com exceção da Ação Popular, o indivíduo não tem legitimidade ativa para o ajuizamento de Ação coletiva. Somente os entes elencados de forma taxativa nos artigos 82 do CDC e 5º da Lei 7437/85 estão autorizados a tanto, numa legitimação extraordinária concorrente e disjuntiva, em substituição processual.

Com efeito, não obstante essa pluralidade de legitimados, somente o Ministério Público pode se valer do Inquérito Civil, ao passo que todo órgão público está autorizado a firmar Termo de Ajustamento de Conduta, o que exclui dessa possibilidade as associações.

Com relação à atuação do Ministério Público na tutela dos direitos individuais homogêneos, restou vencedor o entendimento no sentido de que mesmo que se trate de direito divisível, disponível ou não, e de titularidade determinada, sempre que o interesse público se mostrar presente, estará autorizada a atuação do Ministério Público, certo que na seara consumerista convém lembrar o art. 1º do CDC (*Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias*).

Ademais, com o propósito de possibilitar uma maior proteção aos direitos coletivos, o art. 5º, § 5º da Lei 7347/85 permite a atuação conjunta de membros de ministérios públicos diversos, em litisconsórcio.

No campo da legitimidade ativa, importante mudança se deu através da Lei 11.448/2007, que incluiu, de forma expressa, a legitimidade da Defensoria Pública como instituição no art. 5º, da Lei 7347/85. Não obstante algumas críticas no sentido de que essa não seria a função institucional da Defensoria Pública, sua legitimidade foi tida como constitucional.

Interessante notar que as associações somente estarão autorizadas a ajuizar Ações coletivas se demonstrarem no caso concreto a pertinência temática, ou seja, que a matéria discutida se enquadra em seus fins sociais, exigindo a Lei, ainda, sua pré-constituição há 1 (um) ano, o que pode ser dispensado pelo juiz no caso concreto, em razão do interesse social e da extensão do dano.

Em razão da natureza concorrente dessa legitimidade extraordinária, nada impede a atuação conjunta de tais entes, ou mesmo que algum deles ingresse como assistente litisconsorcial do ente legitimado autor, o que não se permite ao indivíduo afirmadamente lesado, salvo quando a lide versar sobre direitos individuais homogêneos, nos termos do art. 94 do CDC, ocasião em que o indivíduo se sujeitará normalmente aos efeitos da sentença proferida, não importando o seu resultado.

Através das Ações coletivas, todo e qualquer direito pode ser objeto de tutela, com exceção das vedações previstas no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, abaixo transcrito:

“Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”

Com efeito, a melhor doutrina entende que tais restrições são manifestamente inconstitucionais, na medida em que viola o princípio do devido processo legal em sua acepção substancial. Ademais, tais restrições foram incluídas através da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, sem o indispensável requisito da urgência, o que a torna também formalmente inconstitucional.

Sem embargo das restrições, importante deixar registrado que o STJ pode entender ser cabível o manejo de Ação Civil Pública para a impugnação de cobrança abusiva de tarifa ou preço público que, diferentemente da taxa, não possui natureza tributária.

Ademais, majoritariamente vem se entendendo ser plenamente cabível o controle de constitucionalidade de Lei ou ato normativo através da Ação Civil Pública, desde que de forma incidental, ou seja, em que a questão da constitucionalidade será tão somente conhecida na causa de pedir, não como objeto principal da lide. Nesse sentido:

Processo REsp 299271 / PR RECURSO ESPECIAL 2001/0002883-7 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 17/12/2002 Data da Publicação/ Fonte DJ 08/09/2003 p. 269 Ementa PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS. 1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito

ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portanto, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade. 3. O efeito *erga omnes* da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado. 4. Recurso especial parcialmente provido.

A fim de fomentar a utilização das Ações coletivas, o art. 87 do CDC deixa claro que em tais demandas não haverá o adiantamento de custas, bem como que o pagamento de honorários advocatícios somente terá lugar quando ficar comprovada a atuação de má-fé por parte dos legitimados.

Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

Parágrafo único. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

A grande crítica que se faz ao referido dispositivo diz respeito ao pagamento dos honorários periciais. Isso porque como todo

profissional, o Perito depende de remuneração para exercer seu mister, ou seja, existem milhares de ações coletivas paradas aguardando a produção de prova pericial, sendo esse um grande entrave para a efetiva e adequada prestação jurisdicional. Há quem entenda que os honorários periciais devem ser adiantados pelo FDD (art. 13 da Lei 7.347/85), mas a discussão está longe de se chegar ao consenso. Digno de nota é ressaltar que essa regra vale tão somente para a parte autora, não para o réu.

Outro tema bastante importante para a tutela coletiva é o da coisa julgada, certo que em havendo regras próprias o art. 472 do CPC não será aplicado. Isso porque quanto aos efeitos subjetivos, a coisa julgada, desde que diante de uma sentença de procedência, irá atingir a todos os titulares do direito tutelado (*secundum eventum litis*), certo que salvo no caso do art. 94 do CDC, a coisa julgada de improcedência não terá qualquer efeito na esfera individual. Quanto ao tema, destaca-se o teor do art. 103 do CDC:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

Ainda nessa temática, e, aparentemente conflitante com o destacado art. 103 do CDC, importante ressaltar a esdrúxula regra do art. 16 da Lei 7.347/85, segundo o qual *“A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”*.

De acordo com a referida regra, buscou-se limitar os efeitos da Sentença de procedência aos limites territoriais do órgão prolator, sendo um verdadeiro atentado em face dos escopos da tutela coletiva, sem contar na violação do princípio da isonomia. Em verdade, a mencionada regra teve como motivação a tentativa do poder público em retirar eficácia e efetividade das ações civis públicas, com o que a doutrina sempre foi, no sentido de ser inconstitucional tal restrição.

Não obstante as pesadas críticas doutrinárias, o STJ sempre foi no sentido da constitucionalidade da restrição até que, no ano de 2011, em decisão revolucionária e inovadora, a Corte especial alterou seu entendimento do Tribunal Superior, no sentido de que em se tratando de demanda com abrangência nacional e havendo pedido nesse sentido, a limitação territorial pretendida pelo art. 16 da Lei 7.347/85 não terá aplicação, conforme ementa abaixo transcrita.

REsp 1243887 / PR RECURSO ESPECIAL 2011/0053415-5 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 19/10/2011 Data da Publicação/Fonte

DJe 12/12/2011 DECTRAB vol. 210 p. 31 RSTJ vol. 225 p. 123 Ementa DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/ LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/ execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. ▼



Des. Sylvio Capanema

TEMA

Dano patrimonial (dano emergente; lucros cessantes); dano moral (ocorrência e quantificação)

Para que se configure presente o dever de indenizar, imprescindível se faz no caso concreto o cometimento de um ato ilícito, assim entendido como a violação de um dever jurídico preexistente em lei.

Por sua vez, o ato ilícito é composto por elementos de natureza subjetiva (culpa) e objetivos (dano e nexos causal). Em se tratando de direito do consumidor, não se mostra necessária a demonstração do elemento subjetivo (culpa), pois como regra a responsabilidade do fornecedor é objetiva, em que se tem por violado um dever jurídico de segurança, fundado na teoria do risco do empreendimento.

Importante deixar registrado que na forma do art. 14, § 4º do CDC, *“a apuração da responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”*, sendo, portanto, de natureza subjetiva. Nesse caso, tem-se por violado um dever jurídico de cuidado, devendo a culpa do profissional liberal ser provada no caso concreto.

Não se pode deixar de ressaltar que o foco hoje é na proteção e reparação da vítima do ato ilícito, o que significa dizer que em havendo dúvidas no caso concreto quanto ao dever de indenizar deve a mesma ser resolvida em prol do lesado (*in dubio pro vítima*). Dessa premissa se extrai que modernamente até mesmo atos lícitos, fundamentados em normas técnicas, mas que porventura violem bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico (ex. meio ambiente) podem gerar o dever de indenizar.

De qualquer forma, não se pode falar em responsabilidade cível, nem, portanto, dever de indenizar, quando não se verifica no caso concreto a existência de um dano, bem como nexos causal entre a conduta do agente o dano experimentado. É esse elemento objetivo do ato ilícito, o dano, que se passa a analisar.

O dano capaz de gerar o dever de indenizar é aquele que reflita minimamente no patrimônio da vítima, ou seja, danos de pequenas montas, que rapidamente são esquecidos pelo lesado, não passam de meros aborrecimentos e devem ser suportados por todos que vivem em sociedade.

Isso porque a função da responsabilidade civil é **restaurar o patrimônio da vítima**, devolvendo a ela tudo o que lhe foi retirado pelo ato ilícito, com o que necessário se faz que a conduta lesiva reflita uma lesão ao bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, que pode ser de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

Passemos agora a tratar das diferentes espécies de dano.

A primeira espécie de dano por nós conhecida é o *dano material*, que será aferido no caso concreto de forma objetiva pelo julgador, com

base nos elementos de prova que lhe são apresentados. O dano material se divide em duas espécies, quais sejam, o dano emergente e o lucro cessante.

Por dano emergente se entende tudo aquilo que a vítima efetivamente perdeu em razão do ato ilícito praticado. Aqui não pode ter dúvidas: o dano emergente corresponde a exatamente tudo aquilo que a vítima comprovar ter perdido, com o que a condenação do causador do dano terá a função de restaurar o patrimônio do lesado.

Da mesma forma, o lucro cessante também tem como objetivo restaurar o patrimônio da vítima, entretanto, o valor da condenação aqui será tudo aquilo que a vítima do ilícito razoavelmente deixou de ganhar, o que será aferido de acordo com as peculiaridades do caso concreto e regras de experiência pautada nos fatos da vida que ordinariamente ocorre. Não se trata, portanto, de dano hipotético, irrealizável no mundo real, mas sim de uma estimativa real e concreta.

Ainda nessa seara, temos o chamado dano em ricochete ou marginal, que pode causar a terceira pessoa danos decorrentes do evento lesivo, ou seja, o terceiro sofre de forma direta e reflexa os efeitos dos danos sofridos pela vítima.

Tal situação se verifica, por exemplo, quando em razão da conduta ilícita renomado chefe de cozinha fica impossibilitado de exercer sua profissão, o que acarreta queda do movimento no restaurante em que exerce sua atividade. Nesse caso, o dono do restaurante pode, provando o nexo causal entre o ilícito e o seu prejuízo (causalidade adequada), poderá buscar indenização por lucro cessante, a fim de ser compensado por aquilo que razoavelmente deixou de lucrar.

Quanto ao dano moral, muito já se discutiu acerca do seu cabimento quando dissociado do dano material moral, na medida em que tal modalidade de dano não se encaixa na função reparadora da responsabilidade civil. Entretanto, com o advento da Constituição Federal o seu cabimento restou pacificado, haja vista o teor do seu art. 5º, V e X. Com isso, se reconheceu que a função do dano moral não é restauradora, mas sim compensadora do sofrimento da vítima.

Com efeito, para que se configure o dano moral, imprescindível se faz a violação de algum direito inerente à personalidade humana, não bastando pequenos dissabores do cotidiano. Vale dizer, restará presente o dano moral indenizável quando o ato lesivo deixar uma cicatriz na alma da vítima, lhe acompanhando por um tempo.

Justamente por ser o dano moral decorrente da violação de algum direito da personalidade, o mesmo se dá *in re ipsa*, ou seja, decorre do próprio ato ilícito.

A grande dificuldade hoje é quanto à sua quantificação. Nesse caso, alguns fatores devem auxiliar o julgador quando da fixação do *quantum* indenizatório, tal como a pessoa do ofendido e o seu caráter punitivo pedagógico, o que significa dizer que o mesmo deva ser capaz de compensar o sofrimento da vítima, desestimular futuras condutas ilícitas, sem gerar o enriquecimento sem causa do lesado.

Desta feita, não há qualquer tipo de tabelamento, devendo ser analisado no caso concreto o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, sem se descuidar da solidariedade para com o lesado, tal como determina o art. 3º, I da CRFB.

Outra modalidade de dano é o estético. Tal como o dano moral, muito já se discutiu se se trata de uma modalidade autônoma de dano ou se estaria embutido no dano moral, estando hoje a questão pacificado no primeiro sentido. Quanto ao tema, temos a súmula 387 do STJ, segundo a qual - *é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.*

Por dano estético entende-se a lesão que afeta a morfologia do ofendido. Está diretamente relacionado à imagem da vítima, que possui o direito de morrer tal como ela veio ao mundo. Dessa forma, facilmente se verifica que a lesão gerada pelo dano estético é diferente da do dano moral, que afeta o íntimo da vítima, ao passo que aquela atinge o seu exterior.

Modernamente vem surgindo outras modalidades de dano, merecendo destaque o decorrente da perda da última chance.

A teoria da perda de uma chance busca imputar o dever de indenizar quando o agente deixa de adotar uma conduta, a última chance, que se fosse adotada poderia levar à salvaguarda do bem jurídico lesado. O detalhe é que a chance perdida, ou seja, a conduta não adotada, deve possuir uma **chance séria e concreta, com alto grau de probabilidade** de salvaguardar o bem jurídico. Tal teoria teve seu início nos casos de responsabilidade civil médica e hoje vem sendo alargado o seu campo de incidência.

De acordo com o STJ, o bem jurídico tutelado no caso é a própria chance perdida, não atuando no nexo de causalidade, conforme julgados abaixo transcritos.

DANOS MATERIAIS. PROMOÇÃO PUBLICITÁRIA DE SUPERMERCADO. SORTEIO DE CASA. TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE. A Turma, ao acolher os embargos de declaração com efeitos modificativos, deu provimento ao agravo e, de logo, julgou parcialmente provido o recurso especial para condenar o recorrido (supermercado) ao pagamento de danos materiais à recorrente (consumidora), ***em razão da perda de uma chance, uma vez que não lhe foi oportunizada a participação em um segundo sorteio de uma promoção publicitária veiculada pelo estabelecimento comercial no qual concorreria ao recebimento de uma casa.*** Na espécie, a promoção publicitária do supermercado oferecia aos concorrentes novecentos vales-compras de R\$ 100,00 e trinta casas. A recorrente foi sorteada e, ao buscar seu prêmio - o vale-compra -, teve conhecimento de que, segundo o regulamento, as casas seriam sorteadas àqueles que tivessem sido premiados com os novecentos vales-compras. Ocorre que o segundo sorteio já tinha sido realizado sem a sua participação, tendo sido as trinta casas sorteadas entre os demais participantes. De início, afastou a Min. Relatora a reparação por dano moral sob o entendimento de que não houve publicidade enganosa. Segundo afirmou, estava claro no bilhete do sorteio que seriam sorteados 930 ganhadores - novecentos receberiam vales-compra no valor de R\$ 100,00 e outros trinta, casas na importância de R\$ 40.000,00, a ser depositado em caderneta de poupança. Por sua vez, reputou devido o ressarcimento pelo dano material, caracterizado pela perda da chance da recorrente de concorrer entre os novecentos participantes a uma das trinta casas em disputa. O acórdão reconheceu o fato incontroverso de que a recorrente não foi comunicada pelos promotores do evento e sequer recebeu o bilhete para participar do segundo sorteio, portanto ficou impedida de concorrer, efetivamente, a uma das trinta casas. Conclui-se, assim, que a reparação deste dano material deve corresponder ao pagamento do valor de 1/30 do prêmio, ou seja, 1/30 de R\$ 40.000,00, corrigidos à época do segundo sor-

teio. EDcl no AgRg no Ag 1.196.957-DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgados em 10/4/2012.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE PARA A APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OCACIONADA POR ERRO MÉDICO. A teoria da perda de uma chance pode ser utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico na hipótese em que o erro tenha reduzido possibilidades concretas e reais de cura de paciente que venha a falecer em razão da doença tratada de maneira inadequada pelo médico. De início, pode-se argumentar ser impossível a aplicação da teoria da perda de uma chance na seara médica, tendo em vista a suposta ausência de nexos causal entre a conduta (o erro do médico) e o dano (lesão gerada pela perda da vida), uma vez que o prejuízo causado pelo óbito da paciente teve como causa direta e imediata a própria doença, e não o erro médico. Assim, alega-se que a referida teoria estaria em confronto claro com a regra insculpida no art. 403 do CC, que veda a indenização de danos indiretamente gerados pela conduta do réu. **Deve-se notar, contudo, que a responsabilidade civil pela perda da chance não atua, nem mesmo na seara médica, no campo da mitigação do nexos causal. A perda da chance, em verdade, consubstancia uma modalidade autônoma de indenização, passível de ser invocada nas hipóteses em que não se puder apurar a responsabilidade direta do agente pelo dano final.** Nessas situações, o agente não responde pelo resultado para o qual sua conduta pode ter contribuído, mas apenas pela chance de que ele privou a paciente. A chance em si - desde que seja concreta, real, com **alto grau de probabilidade** de obter um benefício ou de evitar um prejuízo - é considerada um bem autônomo e perfeitamente reparável. De tal modo, é direto o nexos causal entre a conduta (o erro médico) e o dano (lesão gerada pela perda de bem jurídico autônomo: a chance). Inexistindo,

portanto, afronta à regra inserida no art. 403 do CC, mostra-se aplicável a teoria da perda de uma chance aos casos em que o erro médico tenha reduzido chances concretas e reais que poderiam ter sido postas à disposição da paciente. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012.

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO PELA PERDA DE UMA CHANCE. Não é possível a fixação da indenização pela perda de uma chance no valor integral correspondente ao dano final experimentado pela vítima, mesmo na hipótese em que a teoria da perda de uma chance tenha sido utilizada como critério para a apuração de responsabilidade civil ocasionada por erro médico. Isso porque o valor da indenização pela perda de uma chance somente poderá representar uma proporção do dano final experimentado pela vítima. REsp 1.254.141-PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/12/2012. ▼



Dr. Juiz Flávio Citro

TEMA

Comércio eletrônico; responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e serviços e direito de arrependimento

Em 15 de março de 1962, o então presidente dos Estados Unidos da América, John F. Kennedy, coloca a defesa do consumidor como política de Estado e afirma a existência de 04 direitos básicos desse especial e vulnerável sujeito de direito:

- 1 - The Right to Safety - Direito a segurança
- 2 - The Right to Be Informed - Direito a informação
- 3 - The Right to Choose - Direito de escolha - consumo consciente
- 4 - The Right to Be Heard - Direito de ser ouvido

Influenciada por tais propósitos, a Constituição de 1988 elenca como direito fundamental a defesa do consumidor (art. 5º, XXXII), certo que com a elaboração do chamado PLANDEC - Plano Nacional de Consumo e Cidadania, em março de 2013, a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), órgão do Ministério da Justiça, editou diversas portarias reforçando o Direito do Consumidor como política de Estado.

A fim de tornar efetiva a tutela do consumidor vulnerável, tem-se o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, composto por órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor.

Diante da presunção de vulnerabilidade ostentada pelo consumidor e do desequilíbrio existente entre ele e o fornecedor de produtos e serviços, sobressai o dever de informação clara, efetiva e adequada por parte do fornecedor (artigos 6º, III e 31, ambos do CDC), acerca das características, modo de utilização, riscos e preço do produto, com o que se permitirá um consumo consciente.

Ocorre que, não raras vezes, o consumidor é levado a consumir de forma inconsciente, por razões que fogem as suas necessidades, impulsionado que é por técnicas avançadas e agressivas de marketing, a merecer a atenção especial de todos os atores responsáveis pela proteção do vulnerável.

Com o avanço da tecnologia, a forma de consumir mudou. Modernamente, os meios eletrônicos, notadamente a internet, oferecem aos consumidores maior conforto e comodidade na hora de contratar serviços e adquirir produtos. Entretanto, essa moderna forma de contratar também apresenta um alto risco de dano aos consumidores, especialmente nos casos de fraude; risco esse que deve ser suportado pelo fornecedor.

No que concerne à responsabilidade civil do fornecedor que atua no comércio eletrônico, aplica-se integralmente o sistema previsto no CDC para os casos de vício e fato do produto ou do serviço, com especial destaque para a responsabilidade objetiva e solidária de todos os fornecedores que participam da cadeia de consumo.

Nessa forma de contratação a distância, o dever de transparência e o de informação são otimizados, justamente pelo fato de o consumidor não ter o contato físico com o produto a ser adquirido, o que o impossibilita de conhecer por completo as suas características. Ademais, deve ser destacada a prática rotineira dos fornecedores na elaboração de publicidades enganosas, em especial por omissão, que leva o consumidor a contratar sem conhecer adequadamente os riscos e características do bem de consumo, que o fez por ter sido induzido em erro.

Com o objetivo de resguardar a confiança depositada no fornecedor e as legítimas expectativas do consumidor quanto aos serviços e produtos adquiridos à distância, fora do estabelecimento do fornecedor, a Lei 8.078/90 traz um regramento específico nessa seara, nos termos do art. 49 CDC.

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

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

Trata-se do chamado *direito de arrependimento*, que pode ser exercido pelo consumidor no prazo de 7 dias, a contar da assinatura do contrato de prestação de serviço ou recebimento do produto, sem qualquer justificativa. Trata-se, portanto, de um direito potestativo do consumidor, estando o fornecedor num estado de sujeição.

Repare que não exige o dispositivo legal citado que o serviço ou produto possua algum tipo de vício. Basta que o consumidor se arrependa de sua conduta anterior e manifeste sua intenção de desfazer o negócio no prazo de 07 dias, ocasião em que lhe será restituída toda a quantia despendida.

Em se tratando de exercício de um direito, mostra-se ilegítima qualquer conduta do fornecedor no sentido de tentar impedir o seu exercício, tal como exigir do consumidor o pagamento de frete para o transporte da mercadoria.

Com efeito, o exercício do direito de arrependimento por parte do consumidor deve ser pautado pelo princípio da boa-fé objetiva, ou seja, busca-se tutelar a confiança e as legítimas expectativas do consumidor acerca do serviço ou produto adquirido, vale dizer, se suas necessidades serão atendidas. Significa dizer que, em algumas situações, como por exemplo o caso de um computador, o consumidor poderá até mesmo utilizar do produto com esse propósito.

Com efeito, não obstante o artigo 49 do CDC se referir à venda a distância, sua interpretação deve ser ampliada em algumas situações excepcionais, como por exemplo quando se estiver diante de caso fortuito e força maior, que impossibilitem o consumidor de fazer uso regular do serviço contratado ou produto adquirido.

Se quando o consumidor contrata à distância tem direito a desfazer o negócio, sem qualquer justificativa, igualmente terá direito a efetivar a troca do produto que não atendeu suas expectativas ou necessidades, pois quem pode o mais, pode o menos, sendo desprovido de qualquer razoabilidade entendimento em sentido contrário.

Existem algumas situações bastante peculiares em que a jurisprudência discute se caberia ou não o exercício do direito de arrependimento, como por exemplo a aquisição de passagem aérea pela internet, havendo diversas decisões no sentido da aplicação do art. 49 do CDC nessas situações.

De fato, esse é o entendimento mais de acordo com o fim protecionista do CDC. Não se pode buscar o fim social da Lei em prejuízo ao consumidor, o que viola a própria concepção da Lei 8.078/90 como norma protecionista e com fundamento constitucional. Por tal caminho, são ilegais e abusivas as multas cobradas pelas empresas aéreas dentro do prazo de arrependimento, contado, nessa hipótese, da celebração do negócio.

Interessante questão sobre a incidência do direito de arrependimento se refere à sua aplicação na chamada Lei da Copa - LEI Nº 12.663, DE 5 DE JUNHO DE 2012 -, que em seu art. 27 dispõe que:

Art. 27. Os critérios para cancelamento, devolução e reembolso de Ingressos, assim como para alocação, realocação, marcação, remarcação e cancelamento de assentos nos locais dos Eventos serão definidos pela FIFA, a qual poderá inclusive dispor sobre a possibilidade:

I - de modificar datas, horários ou locais dos Eventos, desde que seja concedido o direito ao reembolso do valor do Ingresso ou o direito de comparecer ao Evento remarcado;

II - da venda de Ingresso de forma avulsa, da venda em conjunto com pacotes turísticos ou de hospitalidade; e

III - de estabelecimento de cláusula penal no caso de desistência da aquisição do Ingresso após a confirmação de que o pedido de Ingresso foi aceito ou após o pagamento do valor do Ingresso,

independentemente da forma ou do local da submissão do pedido ou da aquisição do Ingresso.

Repare que a mencionada Lei tenta retirar do consumidor o seu exercício do direito de reflexão do que lhe fora garantido pelo art. 49 do CDC. Diante de tal conflito aparente de normas, bem como da posição de norma supralegal do CDC, o melhor entendimento é no sentido de prevalência da Lei consumerista que, como já destacado, possui fundamento constitucional; certo que a tutela do consumidor, presumidamente vulnerável, se dá através de microssistema com regras e princípios próprios. Ademais, qualquer disposição que retire ou limite direito já consagrado no CDC constitui flagrante retrocesso social, o que não pode ser tolerado.

Com o propósito de regulamentar a prática do comércio eletrônico, que cresce sobremaneira na sociedade moderna, a fim de regulamentar a Lei 8.078/90, foi editado o Decreto 7.962, de 15 de março de 2013, que buscou também regulamentar as chamadas compras coletivas, merecendo destaque os seguintes dispositivos:

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a **contratação no comércio eletrônico**, abrangendo os seguintes aspectos:

- I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;
- II - atendimento facilitado ao consumidor; e
- III - respeito ao direito de arrependimento.

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar,

em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações:

I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda;

II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato;

III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores;

IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros;

V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e

VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.

Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de **compras coletivas** ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes:

I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato;

II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e

III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá:

I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos;

II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação;

III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta;

IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação;

V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato;

VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e

VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor.

Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do caput será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.

Art. 5º O fornecedor deve informar, de forma clara e ostensiva, os meios adequados e eficazes para o exercício do direito de arrependimento pelo consumidor.

§ 1º O consumidor poderá exercer seu **direito de arrependimento pela mesma ferramenta utilizada para a contratação**, sem prejuízo de outros meios disponibilizados.

§ 2º O exercício do direito de arrependimento implica **a rescisão dos contratos acessórios**, sem qualquer ônus para o consumidor.

§ 3º O exercício do direito de arrependimento será comunicado imediatamente pelo fornecedor à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito ou similar, para que:

- I - a transação não seja lançada na fatura do consumidor; ou
- II - seja efetivado o estorno do valor, caso o lançamento na fatura já tenha sido realizado.

§ 4º O fornecedor deve enviar ao consumidor confirmação imediata do recebimento da manifestação de arrependimento.

Art. 6º As contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação.

Art. 7º A inobservância das condutas descritas neste Decreto ensejará aplicação das sanções previstas no art. 56 da Lei no 8.078, de 1990.

Por sua vez, o projeto de Lei 281/2012 busca alterar a Lei 8.078/90, a fim de conferir maior proteção aos consumidores e regulamentar o comércio maior eletrônico, que representa grande parte das contratações modernas. Eis as principais alterações:

Art. 45-E. É vedado enviar mensagem eletrônica não solicitada a destinatário que:

- I - não possua relação de consumo anterior com o fornecedor e

não tenha manifestado consentimento prévio em recebê-la;

II - esteja inscrito em cadastro de bloqueio de oferta; ou

III - tenha manifestado diretamente ao fornecedor a opção de não recebê-la”.

Art. 45-E, § 5º, inciso II: [...] vedado veicular, hospedar, exhibir, licenciar, alienar, utilizar, compartilhar, doar ou de qualquer forma ceder ou transferir dados, informações ou identificadores pessoais, sem expressa autorização e consentimento informado do seu titular, salvo exceções legais.

Art. 49, § 5º, incisos, há a previsão de que o fornecedor deve avisar de imediato a desistência à instituição financeira ou à administradora do cartão de crédito para que a transação não seja lançada, ou seja, efetivado o estorno do valor, ou se já tiver sido pago que seja lançado o crédito do respectivo valor imediatamente.

§ 6º - direito de arrependimento, com sanção de indébito em dobro;

§ 9º com multa civil ... danos materiais e morais

O grande mérito do referido projeto de Lei é vedar a prática dos chamados e-mails tipo Spam, bem como a transferência não autorizada de dados pelo consumidor. Segue abaixo decisão do STJ sobre o tema:

DANOS MORAIS. SPAM.

Trata-se de ação de obrigação de fazer cumulada com pedido de indenização por danos morais em que o autor alega receber e-mails (spam com mulheres de biquíni) de restaurante que tem show de streaptease e, mesmo tendo solicitado, por duas vezes, que seu endereço eletrônico fosse retirado da lista de e-mail do réu (recorrido), eles continuaram a ser enviados. Entre os usuários de internet, é denominada spam ou spammers mensagem eletrônica comercial com propaganda não solicitada de fornecedor de produto ou serviço. A sentença julgou procedente o pedido e deferiu tutela

antecipada para que o restaurante se abstinhasse do envio da propaganda comercial sob pena de multa diária, condenando-o a pagar, a título de danos morais, o valor de R\$ 5 mil corrigidos pelo IPC a partir da data do julgamento, acrescidos de juros de mora, contados a partir do evento lesivo. Entretanto, o TJ proveu apelação do estabelecimento e reformou a sentença, considerando que o simples envio de e-mails não solicitados, ainda que dotados de conotação comercial, não configuraria propaganda enganosa ou abusiva para incidir o CDC e não haveria dano moral a ressarcir, porquanto não demonstrada a violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Para o Min. Relator, que ficou vencido, o envio de mensagens com propaganda, quando não autorizada expressamente pelo consumidor, constitui atividade nociva que pode, além de outras consequências, gerar um colapso no próprio sistema de internet, tendo em vista um grande número de informações transmitidas na rede, além de que o spam teria um custo elevado para sociedade. Observou que não há legislação específica para o caso de abusos, embora existam projetos de lei em tramitação no Congresso. Daí se aplicar por analogia o CDC. Após várias reflexões sobre o tema, reconheceu a ocorrência do dano e a obrigação de o restaurante retirar o autor de sua lista de envio de propaganda, e a invasão à privacidade do autor, por isso restabeleceu a sentença. Para a tese vencedora, inaugurada pelo Min. Honildo de Mello Castro, não há o dever de indenizar, porque existem meios de o remetente bloquear o spam indesejado, aliados às ferramentas disponibilizadas pelos serviços de e-mail da internet e softwares específicos, assim manteve a decisão do Tribunal *a quo*. Diante do exposto, a Turma por maioria não conheceu do recurso. REsp 844.736-DF, Rel. originário Min. Luis Felipe Salomão, Rel. para acórdão Min. Honildo de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), julgado em 27/10/2009. ▼



Des. Sergio Cavalieri Filho

TEMA

Responsabilidade civil nas relações de consumo e dos profissionais liberais; excludentes de responsabilidade nas relações de consumo

A proteção do consumidor como política de Estado tem como origem o discurso feito em 15 de março de 1962 pelo então presidente Norte Americano John F. Kennedy, em que foi afirmada a existência de 04 direitos básicos desse especial e vulnerável sujeito de direito:

- 1 - The Right to Safety - Direito a segurança
- 2 - The Right to Be Informed - Direito a informação
- 3 - The Right to Choose – Direito de escolha – consumo consciente
- 4 - The Right to Be Heard – Direito de ser ouvido

Não obstante, no direito brasileiro o Código Civil, cuja regra era a responsabilidade subjetiva, pautada na culpa, era manifestamente inadequado à tutela do consumidor, inadequação essa que se tornou mais patente com a produção e circulação em massa, que teve como consequência natural a produção de danos em massa aos consumidores, certo que muitas vezes sequer era possível identificar com precisão o autor do dano.

Com o advento da Constituição Federal em 1988 uma primeira grande mudança se inaugura em termos de responsabilidade civil, ao estabelecer a regra da responsabilidade objetiva e direta dos prestadores de serviço público.

Nesse sentido o art. 37, § 6º da CRFB, cuja força normativa é inconteste:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Não obstante, essa norma constitucional ainda não era suficiente para tutelar de forma adequada o consumidor, que, não raras vezes, tinha enorme dificuldade em buscar a reparação integral de seu dano, seja em razão da regra geral de responsabilidade subjetiva, ou mesmo pela ausência de relação jurídica com o fabricante.

Felizmente, a Constituição cidadã de 1988, percebendo a necessidade de se tutelar este sujeito especial, presumidamente vulnerável frente ao fornecedor, impôs a elaboração de um Código de Proteção e Defesa do Consumidor (artigos 5º, XXXII, 170, V ambos da CRFB e art. 48 do ADCT), norma essa de cunho eminentemente principiológico, que necessariamente será aplicada sempre que se estiver diante de uma relação jurídica de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor criou, portanto, um microsistema de proteção do vulnerável, com regras e princípios próprios, certo que, na tematicamente responsabilidade civil, a Lei 8.078/90 é um verdadeiro marco, um divisor de águas, ou seja, tal norma especial, em razão da pessoa que busca tutelar, provocou uma verdadeira revolução na temática responsabilidade civil do fornecedor frente aos danos causados ao consumidor, inaugurando um regramento próprio e específico, que ora se passa a analisar.

Como premissa básica, importante desde logo deixar destacadas as três grandes mudanças, **revoluções inauguradas pelo Código de Defesa do Consumidor** em sede de responsabilidade civil:

1 – Tal como previsto no art. 37, § 6º da CRFB, tem-se agora a **responsabilidade direta do fornecedor e, como regra, de forma solidária**, em contraponto à responsabilidade indireta prevista no Código Civil, por fato da coisa ou de outrem);

2 – **O CDC suplantou a dicotomia entre responsabilidade civil contratual e extracontratual nas relações de consumo**, na medida em que equiparou a consumidor todas as vítimas do acidente de consumo (art. 17 do CDC), sem qualquer relação jurídica com o fornecedor;

3 – Estabeleceu, como regra, **a responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos causados aos consumidores**, em razão da violação de um dever jurídico preexistente em Lei de segurança e de adequação, o que significa dizer que pouco importa a vontade, a intenção e a ignorância do fornecedor quanto a eventuais vícios existentes no produto ou no serviço.

No que tange à sua sistemática, o Código de Defesa do Consumidor se preocupou não com a conduta do fornecedor propriamente dita, mas sim com vícios e defeitos existentes nos elementos objetivos dessa relação (produto e serviço), que, a depender da gravidade e das consequências concretas para o consumidor, se dividem em **FATO do produto e do serviço (artigos 12 a 14 do CDC) e VÍCIO do produto e do serviço (artigos 18 a 20 do CDC)**. Passemos à análise de cada situação.

FATO DO PRODUTO e DO SERVIÇO

De acordo com o artigo 8º do CDC, “*os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores*”, o que significa dizer que o fornecedor tem a obrigação de colocar no mercado de consumo produtos e serviços seguros. Trata-se de uma obrigação ambulatorial, que acompanha a coisa onde quer que ela vá, não importando se o seu possuidor manteve ou não relação jurídica com o fornecedor.

Quando se tem por violado esse **dever jurídico preexistente em Lei de segurança** e essa violação causa um dano físico ou psíquico ao consumidor, diz-se que ocorreu no caso concreto um **acidente de consumo** que, por sua vez, caracteriza o **FATO** do produto ou do serviço, a depender da sua origem. Como já destacado, a averiguação da violação do dever jurídico de segurança é analisada de forma objetiva, sendo dispensável a presença da culpa do fornecedor.

Assim, o fato do produto do serviço é um acidente de consumo, que foi gerado pela violação de um dever jurídico preexistente em Lei, de colocar no mercado de consumo produtos e serviços seguros, que não coloquem em risco a saúde e vida dos consumidores, violação essa

que se dá com a constatação de um **defeito**.

Mas para a correta compreensão do tema, imprescindível se faz entender o que vem a ser um defeito. **Por defeito se entende aquele vício grave, que se exterioriza da coisa e atinge a esfera patrimonial ou extracontratual do consumidor, seja ele direto ou por equiparação (art. 17 do CDC). Exemplificando: Por força de eventual falha no sistema de freios, o consumidor além de não conseguir parar no sinal vermelho (vício) veio a colidir com outro veículo, vindo a sofrer danos de diferentes naturezas. Repare que o vício no sistema de freios se exteriorizou, ou seja, não se limitou à tornar a coisa inadequada, causando danos que ultrapassam o próprio valor da coisa.**

Desta feita, a pedra de toque é justamente a presença de um defeito. Sem defeito não há que se falar em acidente de consumo, em violação ao dever jurídico preexistente de segurança, nem tampouco, em fato do produto ou do serviço.

Nessa esteira, a Lei 8.078/90 define produto e serviço defeituosos como aqueles que não oferecem a segurança que os consumidores legitimamente esperam, tal como dispõem os artigos 12, § 1º e 14, § 1º, ambos do CDC, certo que a chegada de um produto ou serviço mais novo e com tecnologia mais avançada, por si só, não torna o produto ou serviço defeituosos (artigos 12, § 2º e 14, § 2º, ambos do CDC).

Por sua vez, no caso concreto podemos verificar a existência de 3 (três) formas distintas de defeito, certo que basta a presença de um deles para que se tenha o acidente de consumo:

- 1 - Defeito de projeto, fórmula ou concepção;

2 - Defeito de fabricação

3 - Defeito de comercialização (ausência de informação ou informação insuficiente quanto ao modo de utilização e respectivos riscos - violação do princípio da boa-fé objetiva, da confiança depositada no fornecedor pelo consumidor - artigos 8º a 10º, todos da Lei 8.078/90). Repare que quanto maior for o risco, maior será o dever de informação).

Esse defeito é presumido (presunção relativa), sendo ônus do fornecedor afastar a sua presença quando demandado, o que que romperia o nexo de causalidade. Trata-se de inversão legal do ônus da prova, sendo desnecessário qualquer decisão nesse sentido.

Em sendo dever do fornecedor colocar no mercado de consumo produtos e serviços livres de defeitos que coloquem em risco a saúde e segurança do consumidor, o que é infestável por qualquer disposição contratual, chega-se à conclusão de que não importa o momento em que o acidente se deu, ***certo que o prazo prescricional para se buscar a reparação daí decorrente é de 05 anos, nos termos do art. 27 do CDC, que se inicia quando da ciência inequívoca do dano e sua extensão e o seu causar.***

Outra característica do FATO do produto e do serviço, diz respeito ao regime de reparação, que no caso será integral (art. 6º, VI do CDC), abrangendo todos os danos patrimoniais e morais sofridos pelo consumidor, direto ou por equiparação.

Importante destacar, que por consumidor por equiparação se entende toda e qualquer vítima do evento, ou seja, todos que foram vítimas do acidente de consumo, que além de atingir o consumidor afetou terceiro que sequer mantinha relação jurídica com o fornecedor.

O conceito de consumidor por equiparação, aplicável apenas aos casos de vítimas de acidente de consumo (FATO do produto ou serviço) se encontra no art. 17 do CDC, segundo o qual:

“Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”

Não obstante ser a responsabilidade do fornecedor de natureza objetiva e ser o defeito presumido quando ocorre o acidente de consumo, o Código de Defesa do Consumidor permite que a responsabilidade do fornecedor seja afastada quando ele lograr êxito em comprovar a existência de causas que excluem a sua responsabilidade, expressamente previstas nos artigos 12, § 3º e 14, §º 3º, ambos do CDC.

Desta feita, em se tratando de fato do produto ou serviço, o fornecedor somente não será responsabilizado se comprovar que não colocou o produto ou serviço no mercado de consumo; que ainda que tenha feito, o defeito inexistente, fato **exclusivo** do consumidor e fato **exclusivo** de terceiro.

Percebam que as causas excludentes de responsabilidade previstas em Lei, cujo ônus da prova recai integralmente na pessoa do fornecedor, pode ser resumida a duas situações: ausência de defeito e rompimento do nexo de causalidade.

Importante frisar, que não obstante a omissão legal, doutrina e jurisprudência são pacíficas ao afirmar que, tanto a força maior, como o caso fortuito, também são aptos a romper o nexo de causalidade e, portanto, a afastar o dever de indenizar.

Entretanto, há de se fazer a seguinte distinção: Em se tratando de **caso fortuito interno**, cujo risco é inerente à própria atividade desenvolvida pelo fornecedor, deve ele suportar o evento decorrente de tal fato, por força da teoria do risco do empreendimento. Por estar dentro do desenrolar natural da atividade desenvolvida pelo fornecedor, o caso fortuito interno não tem o condão de afastar o nexo de causalidade, nem, tão pouco, o dever de indenizar.

Ao revés, **o caso fortuito externo** se constitui naquele fato que está fora do desenrolar natural da atividade desenvolvida, ou seja, trata-se de risco que não será suportado pelo fornecedor, razão pela qual terá o condão de afastar o nexo de causalidade, não havendo que se falar em dever de indenizar nesses casos, desde que, obviamente, não se verifica a existência de algum defeito.

No que tange aos responsáveis pelo dever de indenizar o consumidor quando da ocorrência de um acidente de consumo, o CDC traz regramento distinto quando se tratar de fato do produto ou do serviço.

De acordo com o art. 12 do CDC, *“o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos”*.

Repare que, no primeiro momento, fica afastada a responsabilidade solidária do comerciante quando o acidente de consumo for gerado por fato do produto, sendo a sua responsabilidade subsidiária, ou seja, o comerciante será também solidariamente responsável pelo

fornecedor, quando se mostrar presente qualquer das hipóteses descritas no art. 13 do CDC.

Segundo o art. 13 do CDC, “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”.

Com efeito, “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”, sendo vedado o ajuizamento de ação de denunciação da lide, nos moldes do que dispõe o art. 88 do CDC.

Em que pese a interpretação literal do art. 88 do CDC ser no sentido de que a vedação ao cabimento da denunciação da lide seja apenas para as hipóteses de fato do produto, a jurisprudência atual do STJ, bem como a do TJRJ, inclusive já sumulada, é no sentido da interpretação ampliativa, ou seja, incabível a denunciação da lide em toda e qualquer lide que verse sobre relação jurídica de consumo.

Nesse sentido é a súmula 92 do TJRJ: “Inadmissível, em qualquer hipótese, a denunciação da lide nas ações que versem relação de consumo.”

No STJ, por todos, o seguinte aresto:

*Processo REsp 1286577 / SP RECURSO ESPECIAL 2011/0242406-3
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI (1118)*

Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento 17/09/2013

Data da Publicação/Fonte DJe 23/09/2013

Ementa PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. FATO DO SERVIÇO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. VEDAÇÃO. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. RELAÇÃO DE CONSUMO. ARTIGOS ANALISADOS: ART. 70, III, DO CPC; ARTS. 13; 14 e 88 DO CDC.

1. Ação declaratória c/c reparação por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada em 2009. Recurso especial concluso ao Gabinete em 08/11/2011.

2. Discussão relativa ao cabimento da denúncia da lide em ação de responsabilidade do fornecedor por fato do serviço.

3. **A vedação à denúncia da lide prevista no art. 88 do CDC não se restringe à responsabilidade de comerciante por fato do produto (art. 13 do CDC), sendo aplicável também nas demais hipóteses de responsabilidade civil por acidentes de consumo (arts. 12 e 14 do CDC). Precedentes.**

4. Recurso especial desprovido. (grifei)

Diferente do que se dá com o fato do produto, em se tratando de acidente de consumo gerado por **fato do serviço, serão responsáveis perante o consumidor (direto ou por equiparação) todos os fornecedores que de, alguma maneira, participam da cadeia de consumo, nos moldes do art. 14 do CDC, verbis:**

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

No que tange à responsabilidade dos profissionais, de acordo com parágrafo único do art. 14 do CDC, a mesma será apurada mediante a verificação da **culpa**. Vale dizer, será o profissional liberal responsável perante o consumidor quando violar o dever jurídico preexistente em lei de **cuidado**, certo que para a presença do dever de indenizar pouco importa o grau da culpa do profissional.

Estamos aqui tratando do profissional liberal, que atua em caráter personalíssimo e sem vínculo empregatício, ou seja, procurado pelo consumidor em razão da confiança nele depositada, não importando o grau de qualificação que esse profissional possua, bem como se se trata de profissão devidamente regulamentada ou não. Basta, portanto, que não estejamos diante de um serviço prestado em massa, mas sim de forma individualizada.

Entretanto, uma distinção se faz necessária. Se a obrigação a que se obrigou o profissional liberal for *de resultado* (ex: cirurgia plástica embelezadora), estaremos diante de uma situação de **culpa presumida**, o que significa dizer que o ônus de afastar o elemento subjetivo será do profissional liberal. Por sua vez, em se tratando de obrigação de meio (ex: cirurgia plástica reparadora), estaremos diante de uma situação de **culpa provada**, o que significa dizer que o ônus de provar o elemento subjetivo será do consumidor.

Repare que **em ambas as hipóteses a responsabilidade continua subjetiva**. A natureza da obrigação assumida é relevante apenas para verificar a quem caberá no caso concreto comprovar ou afastar a presença da culpa.

Por fim, pode acontecer que quando o fornecedor lance no mercado de consumo o produto, e em razão do atual estágio da ciência

e da tecnologia ainda não seja possível de se conhecer a totalidade dos riscos que o mesmo pode acarretar à saúde e segurança do consumidor, tal como acontece com medicamentos, que não raras vezes os efeitos colaterais surgem anos depois.

Estamos aqui tratando do chamado **risco do desenvolvimento**, que segundo a melhor doutrina deve ser integralmente suportado pelo fornecedor, na medida em que quem suporta o bônus deve também suportar o ônus (risco do empreendimento). Ademais, como visto, é direito básico do consumidor ver colocados no mercado de consumo produtos seguros, bem como a efetiva e integral reparação dos danos causados por produtos defeituosos.

VÍCIO DO PRODUTO e DO SERVIÇO

Por vício se entende aquele defeito menos grave, que não é capaz de causar danos à esfera psíquica e material do consumidor, ou seja, é **aquele defeito in re ipsa, que fica adstrito ao próprio produto ou serviço, tornando-os inadequados aos fins a que se destinam. Trata-se, portanto, não de um defeito de segurança a gerar um acidente de consumo, mas sim de defeito menos grave a afetar a qualidade, utilidade e quantidade.**

Como exemplo de vício de produto, podemos citar a televisão que não liga, o rádio que não emite som. Agora, se esse defeito se exteriorizar e atingir o consumidor, em sua esfera moral ou patrimonial, termos um acidente de consumo. (televisão que explode e atinge o consumidor causando-lhe queimaduras).

Com efeito, o art. 24 do CDC não deixa dúvidas ao afirmar que o consumidor tem, como garantia legal, a adequação do produto ou

serviço independentemente de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor, que perdurará durante o prazo de ***vida útil*** do produto, a ser analisado casuisticamente.

Ademais, tal como no fato do produto e do serviço, a responsabilidade do fornecedor pelos vícios do produto e do serviço é objetiva, em razão da violação do dever jurídico preexistente em Lei de colocar no mercado de consumo produtos e serviços adequados que ofereçam o desempenho legitimamente esperado, certo que *“a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”*. (art. 23 do CDC).

Diferente do que se dá no fato do produto, em que a responsabilidade do comerciante é subsidiária, como regra a responsabilidade pelo vício de qualidade e quantidade do produto é solidária de todos os fornecedores, inclusive a do comerciante, é solidária e objetiva, nos moldes do que dispõem os artigos 18 e 20, ambos do CDC, *verbis*:

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

*“Art. 19. Os fornecedores **respondem solidariamente pelos vícios de quantidade** do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem*

ou de mensagem publicitária, **podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha**”

Não obstante, como exceção à regra geral da responsabilidade solidária no vício de qualidade do produto, temos o § 5º do art. 18 do CDC, segundo o qual no **“caso de fornecimento de produtos in natura, será responsável perante o consumidor o fornecedor imediato, exceto quando identificado claramente seu produtor”**.

Em se tratando de vício de quantidade do produto, a exceção fica por conta do disposto no § 2º do art. 19 do CDC, segundo o qual **“o fornecedor imediato será responsável quando fizer a pesagem ou a medição e o instrumento utilizado não estiver aferido segundo os padrões oficiais”**.

Outro ponto de distinção do regramento do vício do produto/serviço para o fato do produto/serviço é o sistema de reparação.

Em surgindo um **vício de qualidade do produto**, surge para o consumidor o direito de exigir do fornecedor a reparação do mesmo que, por sua vez, terá o prazo de 30 (trinta) dias para tomar tal providência, salvo quando em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial, nos moldes do § 3º do art. 18 do CDC.

No que diz respeito à essencialidade do produto, deve a mesma ser analisada em concreto, levando em consideração a natureza do produto, suas características, bem como o consumidor que dele faz uso, pois o que pode ser essencial para o consumidor “A” pode não ser para o consumidor “B”.

Com efeito, se o fornecedor deixar de sanar o vício no prazo legal ou se tratar de uma das hipóteses acima descritas, o consumidor poderá à sua livre escolha (direito potestativo seu e estado de sujeição do fornecedor) optar por uma das seguintes soluções:

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.

Em optando o consumidor pela substituição do produto viciado, necessário se faz observar a regra prevista no § 4º art. 18 do CDC, que busca estabelecer um equilíbrio entre as partes ao dispor que: *“Tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, **e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço**, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo”*.

Por sua vez, em se tratando de **vício de quantidade do produto**, o consumidor poderá desde logo exigir uma das seguintes soluções, nos termos do art. 19 da Lei 8.078/90:

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.

Por sua vez, **o vício do serviço** está regulamentado no art. 20 do CDC, que estabelece **responsabilidade solidária e objetiva de todos os fornecedores**, sendo impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade, nos seguintes termos:

“Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha”

Assim, diante da constatação de um vício do serviço, poderá o consumidor desde logo adotar uma das seguintes soluções:

I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; (A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor - § 1º do art. 20 do CDC).

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

III - o abatimento proporcional do preço.

Como se verifica, diferente do fato do produto/serviço em que o sistema de reparação é amplo, sem qualquer restrição, no regramento do vício do produto/serviço temos um sistema de reparação limitado. Assim, o simples vício do produto/serviço por si só não gera outros danos indenizáveis.

Em verdade, o que pode ocorrer são danos relacionados ao vício

do produto/serviço, mas que dele não decorre diretamente. Trata-se de danos gerados em razão de conduta posterior do fornecedor, violadora do princípio da boa-fé objetiva, ou seja, danos decorrentes de causas supervenientes, relativamente independentes, que por si só produz o resultado. A tal situação se convencionou chamar de dano ***circa rem*** (previsto no mecanismo de reparação) e ***extra rem*** (fora do mecanismo de reparação).

Como visto, diante do surgimento de um vício, possui o consumidor o direito potestativo de ver o mesmo reparado, certo que a sua **reclamação** deverá ser exercida nos prazos previstos no art. 26 do CDC, cuja natureza é **decadencial**.

Importante ter em mente que os prazos a que alude o art. 26 são prazos para reclamação, cuja contagem se inicia a partir do momento em que o vício ficou evidenciado. Não se trata, portanto, de prazo de garantia legal. Como já ressaltado, a garantia conferida pelo CDC é uma garantia de adequação e desempenho (art. 4º, I, “d” e 24), que terá lugar durante toda a **vida útil do bem**.

Assim, surgido o vício, oculto ou aparente, grave ou leve, durante o período de vida útil do bem ou da duração do serviço, deve o consumidor efetivar sua reclamação junto ao fornecedor nos seguintes moldes:

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

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

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

§ 2º Obstat a decadência:

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

II - (Vetado).

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

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

Importante, ainda, deixar registrado que, o chamado **vício conhecido**, caracterizado por pequenos defeitos em produtos vendidos em promoções, não são considerados como produtos viciados, desde que o vício não comprometa a utilidade e adequação do produto, não o torne perigoso ao consumidor e seja concedida uma vantagem financeira ao consumidor a justificar o suporte por parte dele do pequeno vício. Tudo isso será válido, por óbvio, se o consumidor for devidamente informado sobre a existência de tais vícios, à luz do princípio da boa-fé objetiva, verdadeiro coração de todo o direito do consumidor.

Por fim, convém deixar registrado que é nula qualquer cláusula contratual que busque limitar ou afastar o dever de indenizar, seja em razão do fato do produto/serviço ou em razão do vício do produto/serviço, conforme expressamente dispõe o art. 25 do CDC, segundo o qual:

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



Dr. Heloisa Carpena

TEMA

O Superendividamento na reforma do CDC

Na sociedade atual se verifica uma grande abundância no fornecimento de crédito aos consumidores, o que, não raras vezes, se mostra como instrumento indispensável ao suprimento de suas mais básicas necessidades. Por consequência, esse crescimento desregrado do fornecimento do crédito faz crescer o índice de consumidores endividados, o que não é bom para o mercado como um todo.

Visando a aumentar sua lucratividade, as instituições financeiras se valem das mais avançadas técnicas de marketing e publicidade na oferta do crédito, em que é destacada a facilidade de sua obtenção. Na maioria das vezes, é desimportante a capacidade econômica do consumidor para adimplir o contrato de mútuo celebrado, não sendo demais destacar a ausência de limitação legal quanto a taxa de juros praticada por tais fornecedores.

Diante de tal contexto, surge uma nova espécie de consumidor, o superendividado, cujo passivo supera a capacidade de cumprir as obrigações assumidas (vencidas e a vencer), a impor a proteção Estatal não só desse indivíduo, mas de toda a coletividade de consumidores,

mormente quando se tem em mente que a tutela do consumidor, vulnerável por definição, é um direito e garantia fundamental (art. 5º, XXXII da CRFB), bem como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, V da CRFB).

Importante, desde logo, deixar registrado que o superendividamento é um conceito amplo, sendo desimportante para a sua configuração a quantidade de credores, bem como a modalidade do empréstimo adquirido, ou seja, tal tema não se limita aos empréstimos consignados, que estão inseridos dentro de um contexto maior.

Segundo a professora Claudia Lima Marques, entende-se por superendividamento a *“impossibilidade global do devedor pessoa física, leigo e de boa-fé, de pagar todas as suas dívidas atuais e futuras de consumo, excluídas as dívidas com o Fisco, oriundas de delitos e de alimentos.”*

Assim, somente os consumidores pessoas físicas não profissionais e de boa-fé serão objeto de proteção, quando se encontrarem num estado de superendividamento. Vale dizer, consumidores que contratam empréstimos para suprir suas necessidades pessoais, o que será necessariamente observado casuisticamente.

Não importa para tal conceito se estamos diante do consumidor ativo - situação proveniente da acumulação inconsiderada de dívidas – ou passivo - redução dos recursos devido aos fatos ou acidentes da vida.

Por óbvio que essa proteção não tem como foco aquele consumidor que atua de má-fé, que, de forma deliberada e consciente, se superendivida com o propósito de adquirir bens supérfluos e desnecessários às suas necessidades. Fica fora dessa temática também, o consumidor

pessoa jurídica e o consumidor pessoa física profissional, salvo, neste último caso, quando a situação de superendividamento é decorrente de dívidas contraídas por necessidades pessoais e profissionais.

Com efeito, além da grande facilidade na obtenção do crédito e da massante publicidade que circunda o consumidor, o superendividamento também é decorrente do ambiente de contratação criado pelas instituições financeiras, que, violando a boa-fé objetiva, deixam de informar aos consumidores aspectos essenciais do contrato a ser firmado, tal como determina o art. 52 do CDC, *verbis*:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre:

- I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional;*
- II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros;*
- III - acréscimos legalmente previstos;*
- IV - número e periodicidade das prestações;*
- V - soma total a pagar, com e sem financiamento.*

Sem embargo do que vem sendo elaborado em sede doutrinária acerca do tema e da reforma a ser implementada no Código de Defesa do Consumidor, o seu artigo 46 é expresso ao afirmar que a falta de informação clara, adequada e efetiva (necessidade de compreensão da informação prestada) torna ineficaz perante o consumidor o conteúdo da cláusula contratual.

Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de

tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Significa dizer que, na grande maioria dos casos, o estado de superendividamento do consumidor é decorrência da conduta desleal das instituições financeiras, que, com o objetivo de lucrarem cada vez mais, deixam de informar aos consumidores, de maneira adequada, quanto às características e riscos da contratação.

Destarte, a ausência de transparência e violação do dever de informar (artigos 4º, 6º, III e 31 todos do CDC) caracterizam defeito de comercialização, a atrair a responsabilidade civil do fornecedor de crédito.

Verifica-se, portanto, uma total informalidade na contratação do crédito, caracterizada pela falta de informação, de controle, de formalização do instrumento, sendo certo que em diversas ocasiões o crédito é concedido sem qualquer garantia.

Em razão do princípio da boa-fé objetiva e dos deveres anexos de transparência, lealdade e cooperação, fala-se hoje num verdadeiro dever de aconselhamento por parte das concedentes de crédito, vale dizer, no muno ideal, deveriam as instituições financeiras colaborar com os consumidores no sentido de os ajudarem a alcançar um buscado equilíbrio financeiro.

Ao revés, o que se verifica é um abuso no direito de contratar por parte dos fornecedores de crédito, com publicidades enganosas acerca das características do produto ofertado (crédito), levando o consumidor a uma flagrante situação de excessiva onerosidade, a

impor a revisão do contrato de crédito celebrado, nos termos do art. 6, V do CDC.

Sem embargo da proteção já conferida ao consumidor através das regras e princípios que informam o CDC, na tentativa de solucionar o problema do consumidor superendividado, surgem dois sistemas distintos. No primeiro, conhecido como *FRESH START*, de origem norte-americana, instaura-se procedimento de liquidação com perdão de dívidas e sem penhora do rendimento futuro. No segundo, aplicado na Europa, busca-se uma reeducação do consumidor, com um plano de pagamento prolongado que alcance todo ou parte dos débitos.

No sistema jurídico pátrio, a primeira lei específica teve a intenção de tutelar o idoso, tido como hipervulnerável, que adquire crédito consignado, ou seja, mútuo com garantia de desconto da parcela do financiamento diretamente em folha de pagamento do salário do servidor público ou aposentado. Trata-se de Lei n. 10.820 de 2003, que fixou como limite máximo de comprometimento da renda o percentual máximo de 30%.

A mencionada Lei entendeu que 30 % da renda do pensionista ou aposentado é o máximo que ele pode suportar sem que seja colocado em risco sua própria subsistência, sem afetar sua dignidade, a fim de lhe proporcionar um mínimo existencial. A partir de então, tal limite vem sendo aplicado para todo e qualquer caso de superendividamento a ser tutelado, seja o consumidor idoso ou não, seja o mútuo consignado ou não.

Com os olhos voltados para essa realidade, visa o projeto de Lei 283/2012 alterar o Código de Defesa do Consumidor, com o propósito de regulamentar a temática do superendividamento, ou, nas palavras

do legislador, “*para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção do superendividamento.*”

De acordo com o PL 283/2012, as principais modificações no CDC serão as seguintes:

Art. 5º. - garantia do mínimo existencial e da dignidade humana;

Art. 6º. - garantia de práticas de crédito responsável;

Art. 27 A – prazo prescricional de 10 anos;

Por sua vez, alguns dispositivos já existentes serão objetos de modificação:

Art. 54 - A. princípios da boa-fé, da função social do crédito ao consumidor e do respeito à dignidade da pessoa humana;

Art. 54 - B. cria deveres de informação do fornecedor de crédito, sem prejuízo do disposto no art. 52 (I. o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem);

Art. 54 F – práticas abusivas (art.39)

Assédio ao consumo: IV– assediar ou pressionar o consumidor, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada, para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, em especial à distância, por meio eletrônico ou por telefone, ou se envolver prêmio;

Art. 54 G – proibição de novas cláusulas abusivas.

O projeto de Lei 283/2012 trouxe o conceito de superendividamento, nos moldes do acima descrito, a possibilidade de o consumidor requerer processo de repactuação de dívidas com seus credores, com proposta de plano de pagamento no prazo máximo de 05 anos, inaugurando verdadeiro concurso de credores, em benefício do vulnerável,

nos seguintes termos:

Art. 104 A - o consumidor superendividado pessoa física poderá requerer -processo de repactuação de dívidas-, mediante a apresentação de proposta de plano de pagamento com prazo máximo de cinco anos.

“§ 1º Entende-se por superendividamento o comprometimento de mais de trinta por cento da renda líquida mensal do consumidor com o pagamento do conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis e vincendas, excluído o financiamento para a aquisição de casa para a moradia, e desde que inexistentes bens livres e suficientes para liquidação do total do passivo.”

A grande crítica a ser feita quanto ao conceito de consumidor superendividado é a vinculação em abstrato ao percentual comprometido com o pagamento de suas dívidas (30 %), sendo certo que a proteção seria mais efetiva e adequada se a análise fosse casuística, a permitir a obtenção da verdadeira justiça no caso concreto.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a matéria se encontra sumulada através dos seguintes enunciados:

Súmula 200 - A RETENÇÃO DE VALORES EM CONTA-CORRENTE ORIUNDA DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO OU DE UTILIZAÇÃO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO PODE ULTRAPASSAR O PERCENTUAL DE 30% DO SALÁRIO DO CORRENTISTA.

Súmula 205 - A LIMITAÇÃO JUDICIAL DE DESCONTOS DECORRENTES DE MÚTUO BANCÁRIO REALIZADOS POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CONTA-CORRENTE, NO ÍNDICE DE 30%, NÃO ENSEJA AO CORRENTISTA O DIREITO À DEVOLUÇÃO DO QUE LHE FOI ANTES COBRADO ACI-

MA DO PERCENTUAL, NEM A CONDUTA CONFIGURA DANO MORAL.

Súmula 295 - NA HIPÓTESE DE SUPERENDIVIDAMENTO DECORRENTE DE EMPRÉSTIMOS OBTIDOS DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DIVERSAS, A TOTALIDADE DOS DESCONTOS INCIDENTES EM CONTA CORRENTE NÃO PODERÁ SER SUPERIOR A 30% DO SALÁRIO DO DEVEDOR.

Vejamos algumas decisões do TJRJ quanto ao tema:

Ação de obrigação de não fazer, c/c com pedidos de indenização por dano moral. Conta salário. Empréstimo consignado. Servidor das Forças Armadas. Desconto superior ao percentual de 30% do salário. Sentença de improcedência. - II) Nenhuma ilegalidade existe nas contratações impugnadas, livremente pactuadas pelo autor. Ademais, o banco não pode ser responsabilizado pelos diversos mútuos contratados, caracterizando a atuação do autor abuso do direito de crédito. Superendividamento irresponsável, afastando a incidência da Súmula 200, desta Corte. - III) Aplicação, no caso, da MP 2215-10 de 31/08/2010), que permite o desconto de até 70% do salário do militar. - IV) Inexistência de falha na prestação do serviço. Dano moral não configurado. - V) Antecedentes jurisprudenciais. VI) Recurso de apelação ao qual se nega liminar seguimento. Aplicação do art. 557, do CPC. (QUARTA CÂMARA CÍVEL; APELAÇÃO 0360156-53.2012.8.19.0001; Rel. DES. PAULO MAURICIO PEREIRA; julg. 01/10/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE MÚTUO. SUPERENDIVIDAMENTO. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS. MÚLTIPLAS CONTRATAÇÕES EM INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS DIVERSAS. EXTRAPOLAÇÃO DA MARGEM CONSIGNÁVEL. *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. MÁ-FÉ e ABUSO DE DIREITO. PROVIMENTO DOS RECURSOS. 1. Ação proposta por consumidor pretendendo a limitação de descontos

relativos a diversos contratos de mútuo celebrados com cinco instituições financeiras distintas, em observância ao limite de 30% previsto na Lei nº 10.820/03. 2. Não é exigível das instituições financeiras o controle da margem consignável do autor, providência que incumbe ao seu empregador e ao próprio consumidor, especialmente em relação a contratos celebrados com outras instituições financeiras. 3. Viola a boa-fé objetiva e caracteriza abuso de direito a conduta do autor, que celebrou inúmeros contratos de mútuo, com várias instituições financeiras, em desacordo com sua própria capacidade de endividamento, para em seguida valer-se da proteção jurisdicional para limitar o percentual de descontos. 4. A teoria dos atos próprios, derivada da boa-fé objetiva, visa preservar a legítima confiança de terceiros que contrataram confiando na conduta proba do autor. 5. O princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser invocado em desacordo com os princípios da eticidade e da boa-fé objetiva. 6. Recurso interposto por um dos litisconsortes unitário a todos aproveita, consoante artigo 509, *caput*, do CPC. 7. Provimento dos recursos. (DÉCIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL; APELAÇÃO 0003161-77.2011.8.19.0050; Rel. DES. ELTON LEME; Julg.11/09/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. RELAÇÃO DE CONSUMO. EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. RETENÇÃO DO SALÁRIO EM PERCENTUAL SUPERIOR A 30%. **COMPROMETIMENTO À SUBSISTÊNCIA. OFENSA À DIGNIDADE HUMANA. DANO MORAL CARACTERIZADO.** 1- O débito não foi negado ao longo do processo pela parte Autora da ação, apenas se insurgindo quanto ao modo pela qual está sendo feita a cobrança. **2- Apesar de existir débito, não pode a instituição financeira se valer do salário do devedor, que lhe é confiado, para além do limite de 30%. 3- Ninguém pode ser privado da integralidade do seu salário, pois isto inviabiliza a aquisição do mínimo necessário para a subsistência do ser humano, considerando ser esta a sua única fonte de renda. 4- Percebe-se o**

incentivo ao superendividamento, ao fracasso financeiro dos clientes menos esclarecidos, visando o aumento do lucro. 5- Enunciado nº. 15 do PJEJ, Aviso TJ nº 29. **6- A retenção da integralidade do salário do Autor feriu letalmente sua dignidade, retirando-lhe o mínimo necessário, comprometendo sua sobrevivência.** **7- Violação ao direito de personalidade, garantido no art. 5º, X e artº. 1º, caput, ambos da Constituição da República.** **8- Precedentes Jurisprudenciais.** 9- Dano moral configurado. 10- Quantum indenizatório de R\$2.000,00 (dois mil reais), atende à compensação necessária e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. (...) PROVIMENTO DO RECURSO DO AUTOR, PREJUDICADO O RECURSO DO RÉU. (SEXTA CÂMARA CÍVEL; APELAÇÃO 0036534-56.2010.8.19.0205; Rel. DES. TERESA CASTRO NEVES; Julg. 18/09/2013)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO TUTELA ANTECIPADA - CONTRATOS BANCÁRIOS SUPERENDIVIDAMENTO - **MILITAR**- AUSÊNCIA DE CONFLITO ENTRE A MEDIDA PROVISÓRIA 2215-10/01 QUE ESTABELECE O LIMITE DE 70% PARA DESCONTOS DE QUALQUER NATUREZA INCLUSIVE OBRIGATÓRIOS E A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL QUE LIMITA A 30% DA REMUNERAÇÃO OS DESCONTOS REFERENTES A EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS RAZOABILIDADE E ISONOMIA - PRECEDENTES DO STJ EXISTÊNCIA DE TRINTA E UM EMPRÉSTIMOS DESCONTADOS EM FOLHA - INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS QUE INTEGRAM O POLO PASSIVO - LIMITAÇÃO DO DESCONTO NO PERCENTUAL TOTAL DE 30% (2,72% PARA CADA UMA DAS ONZE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS) - **NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA - MÍNIMO ESSENCIAL À SOBREVIVÊNCIA DIGNA (...) os vencimentos constituem verba de natureza alimentar, devendo ser preservado um mínimo de recursos que possibilite a sobrevivência do devedor, em prestígio aos princípios do mínimo existencial, e da dignidade da pessoa humana, ins-**

culpido no art. 1º, III, da CRFB/88, como fundamento da República Federativa do Brasil.

8. Hipótese na qual integram o polo passivo as diversas instituições financeiras indicadas, de modo que a limitação do percentual total dos descontos deve observar o limite de 30% dos rendimentos do agravado, devendo, contudo, ser determinado o rateamento dos descontos na proporção dos respectivos créditos, com expedição de ofício à fonte pagadora para cumprimento da presente, consoante exegese do verbete sumular nº 144 deste TJRJ. DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, COM ESPEQUE NO ART. 557, PAR. 1º-A, DO CPC. (QUARTA CÂMARA CÍVEL; AGRAVO DE INSTRUMENTO 0015959-55.2013.8.19.0000; Rel. DES. MARCELO LIMA BUHATEM ;Julg. 25/09/2013) ▼



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Rua Dom Manuel, nº 25 - Centro - CEP 20010-090 - Telefone: 3133-2682
www.emerj.tjrj.jus.br