

**INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO**

VAGNER VERISSIMO DA SILVA

**QUEM É O CONSUMIDOR QUE QUIS TRATAR O CODIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR VIGENTE NO BRASIL?**

**SÃO MATEUS
2015**

VAGNER VERISSIMO DA SILVA

**QUEM É O CONSUMIDOR QUE QUIS TRATAR O CODIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR VIGENTE NO BRASIL?**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Faculdade Vale do Cricaré, como
requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Esp. Aline Pinheiro
Lima Camargo**

SÃO MATEUS

2015

VAGNER VERISSIMO DA SILVA

**QUEM É O CONSUMIDOR QUE QUIS TRATAR O CODIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR VIGENTE NO BRASIL?**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau bacharel em direito.

Aprovado em ____ de Dezembro de 2015.

BANCA EXAMINADORA

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

ORIENTADOR

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.

FACULDADE VALE DO CRICARÉ

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1 DIREITO DO CONSUMIDOR	3
1.1 ORIGEM	3
1.2 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR	6
1.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) – LEI N. 8.078/90	8
2 PRINCÍPIOS GERAIS DA RELAÇÃO DE CONSUMO E DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR	11
2.1 PRINCÍPIOS GERAIS.....	11
2.2 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR (ART. 4º, I DO CDC)	11
2.2.1 RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE CONSUMO	12
2.3 PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR PELO ESTADO (ART. 4º, II) ..	13
2.3.1 AÇÃO GOVERNAMENTAL NO SENTIDO DE PROTEGER EFETIVAMENTE O CONSUMIDOR	14
2.4 PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	15
2.5 PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO E INFORMAÇÃO (ART. 4º, IV DO CDC)	16
2.6 PRINCÍPIO DA QUALIDADE E SEGURANÇA (OU CONFIANÇA) (ART. 4º, V)	16
2.7 PRINCÍPIO DO COMBATE AO ABUSO (ART. 4º, VI DO CDC).....	16
2.8 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (ART. 7º, P. ÚNICO).....	17
3 ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO	20
3.1 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR.....	20
3.2 DIREITO A PROTEÇÃO ÀS PRÁTICAS COMERCIAIS E CONTRATUAIS....	21
3.3 DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA	23
3.3.1 MOMENTO DE INVERSÃO DO ÔNUS SEGUNDO A DOCTRINA	24
3.4 DIREITO E RECEBIMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ADEQUADOS E EFICAZES	25
3.5 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA PUBLICIDADE	26
3.5.1 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO IMEDIATA DA PUBLICIDADE	26
3.6 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA PUBLICIDADE	27
3.7 PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE	28
3.8 PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE NA PUBLICIDADE	29
3.9 PRINCÍPIO DA INVERSÃO OBRIGATÓRIA DO ÔNUS DA PROVA	30
3.10 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA OU DA FUNDAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE	30
3.11 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO DA PUBLICIDADE (OU CONTRAPROPAGANDA)	31
4 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO CONTRATO DE CONSUMO Erro! Indicador não definido.	
4.1 PRINCÍPIO DO ROMPIMENTO COM AS TRADIÇÕES PRIVATISTAS DO CODIGO CIVIL	32
4.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO (EXPLÍCITA) DO CONTRATO DE CONSUMO	33
4.3 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA CONTRATUAL	33
4.4 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR .	35
4.5 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL.....	36
4.6 DIÁLOGOS ENTRE AS FONTES.....	36

4.6.1 DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COERÊNCIA	37
4.6.2 DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COMPLEMENTARIEDADE OU SUBSIDIARIEDADE.....	37
4.6.3 DIÁLOGO DAS INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS	37
5 QUEM É O CONSUMIDOR QUE QUIS TRATAR O CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR VIGENTE NO BRASIL?	39
5.1 CONSUMIDOR.....	39
5.1.1 CONCEITO	39
5.2 REQUISITOS.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	523
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	55

Primeiramente a Deus que permitiu que tudo isso acontecesse, ao longo de minha vida, e não somente nestes anos como universitário, mas que em todos os momentos é o maior mestre que alguém pode conhecer.

A esta Faculdade, direção, administração e seu corpo docente, que oportunizaram a janela que hoje vislumbramos um horizonte superior.

“O homem que remove uma montanha começa carregando as pequenas pedras”. (William Harrison Faulkner)

RESUMO

Essa monografia se faz necessária tendo em vista a necessidade de analisar quem é o consumidor que verdadeiramente trata o código de defesa do consumidor, como ele pode ser identificado, e de que formas ele se coloca nas diversas relações de consumo.

A lei básica que norteará esta pesquisa é a LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e da outras providencias. O Código de Defesa do Consumidor como responsável pela proteção ao consumidor, e abrange também as diversas questões relacionadas ao consumo, por fim busca em sua matéria resguardar os direitos de ambas as partes na relação de consumo.

E como não poderia ser diferente a jurisprudência que se dedica de forma exaustiva no tema proposto de forma sucinta, e na maioria das vezes busca ser autoexplicativa, propondo sempre soluções que servem de alternativa para a correta delimitação da matéria em relação ao consumidor e as relações de consumo em geral.

Palavras-chave: LEI Nº 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, Relações de Consumo, Consumidor.

LISTA DE ABREVIATURAS

§ - parágrafo

art. – artigo

arts. – artigos

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CPC – Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

nº – número

PROCON – Coordenadoria de Defesa do Consumidor

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

A preservação dos direitos ao consumidor é um dos temas mais discutidos em todo o mundo, hoje são incontáveis os congressos e seminários jurídicos criados para se discutir o tema. Diariamente nos vemos cercados de notícias nos mais diversos formatos de divulgação, que relatam os vários problemas enfrentados hoje pelo consumidor. Os problemas que esses consumidores enfrentam, e a forma como é conduzida sua resolução, é um dos temas que será abordado neste trabalho, e ainda não mais importante é como este consumidor é tratado e protegido pela legislação brasileira.

É necessário que o Estado esteja presente de forma ativa quando invocado, para que o consumidor de forma geral não seja lesado, ou muitas vezes esquecido, ficando a mercê das inúmeras formas de exploração que hoje podem ser observadas de forma ampla no sistema consumerista.

O papel do consumidor se torna fundamental no controle a esse sistema desleal implantado ao longo do tempo, e incrustado na nossa sociedade causando problemas de consumo, e violando direitos fundamentais, é de vital importância para as relações de consumo, que o consumidor esteja ciente de seus direitos, denuncie abusos e procure meios de fazer com que a lei seja cumprida.

O Brasil hoje já dispõe de legislação específica que define o consumidor e ao mesmo tempo o protege, mas será que de fato a forma como a lei define e protege o consumidor brasileiro é a mais correta e indicada, e ao mesmo tempo a que melhor o recebe, diante das diversas mudanças tecnológicas, e inconstância da economia vivida hoje? É preciso aplicar formas e soluções que melhor se encaixem com a realidade que vivemos hoje, tratando o consumidor de maneira correta, identificando-o de forma sucinta, e sem dúvidas quanto ao seu papel no comércio, colocando este em posição de igual peso frente ao sistema consumerista.

Partindo dessa premissa, o objetivo deste trabalho começa no sentido de se criar uma legislação mais rigorosa e eficaz, que mostre de forma clara a quem ela defende, e em que casos ela pode ser buscada. E não bastando isto, que haja do Estado um controle efetivo, para que esses direitos sejam respeitados e cumpridos.

Para a realização dessa pesquisa foi efetuada um estudo teórico, buscando-se a análise do código de defesa do consumidor, a doutrina, revistas jurídicas, e pareceres ao tema proposto, com o escopo de demonstrar a realidade das relações de consumo quanto ao consumidor, que sofre os abusos causados pelo mercado consumerista criado por uma sociedade capitalista.

Pretende-se por meio desta demonstrar a necessidade da verdadeira compreensão que a legislação específica da ao consumidor e como essa mesma legislação pode conter falhas na real identificação deste, mostrar como a doutrina trata dessa matéria, e assim propor soluções que possam amenizar esses diversos problemas identificados hoje na relação de consumo.

1 DIREITO DO CONSUMIDOR

1.1 ORIGEM

Para que a proteção ao consumidor seja bem compreendida é necessário verificar uma série de episódios históricos que norteiam o consumo. Para assim demonstrar a evolução dos institutos jurídicos no que diz respeito às relações de consumo.

Com o advento da revolução industrial, passou a se produzir mais e por consequência vender mais, nessa época houve uma grande intensificação das relações de consumo, houve também o aumento da população, o que gerou um grande aumento repentino de demanda e consumo, a partir deste episódio fundamental na evolução da humanidade, iniciou-se de forma desenfreada o aumento da oferta, vez que a indústria passou a produzir mais para vender para um número maior de pessoas.

A esse respeito, Nunes (2013, p. 43) diz:

“Vamos partir do período pós-Revolução Industrial. Com o crescimento populacional nas metrópoles, que gerava aumento de demanda e, portanto uma possibilidade de aumento da oferta, a indústria em geral passou a querer produzir mais, para vender mais pessoas”.

Para Bourgoignie:

“O período da Revolução Industrial é de grande importância para o desenvolvimento do Direito do Consumidor. Antes da era industrial, o produtor-fabricante era simplesmente uma ou algumas pessoas que se juntavam para confeccionar peças e depois trocar os objetos (bartering). Com o crescimento da população e o movimento do campo para as cidades, formam-se grupos maiores, a produção aumentou e a responsabilidade se concentrou no fabricante, que passou a responder por todo o grupo. O advento da Revolução Industrial foi responsável pelo crescimento da chamada produção em massa. Devido a este movimento, a produção perdeu seu toque “pessoal” e o intercâmbio do comércio ganhou proporções ainda mais despersonalizadas, já que passaram a haver outros intermediários entre a produção e o consumo. Em consequência disto, o produtor precisava dar escoamento à produção, praticando, às vezes, atos fraudulentos, enganosos, por isso mesmo, abusivos. A justiça social, então, entendeu ser necessária a promulgação de leis para controlar o produtor-fabricante e proteger o consumidor-comprador. Acrescenta-se, ainda, que o produtor, via de regra, sempre se interessou mais pela parte monetária do que com o produto, ou mesmo em satisfazer o consumidor. O crescimento e contínuos avanços das tecnologias fizeram com que fossem inseridas na

mente do consumidor as ideias de que ele estava precisando de mais objetos que até o momento nunca sentira necessidade de adquirir em sua vida cotidiana. O produtor estava sempre interessado em formas para escoar sua produção e manter o fluxo de produção-consumo. Logo, sentiu necessidade de estimular o consumidor a uma necessidade, ainda que artificial, para manter o processo produtivo em funcionamento. Criou-se, desta forma, o que o professor Thierry Bourgoignie, da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Louvain, na Bélgica, denomina de “norma social do consumo”, que: “faz com que o consumidor perca o controle individual das decisões de consumo, e passe a ser parte de uma classe, a “consommariat”, conferindo claramente uma dimensão social ao consumidor e ao ato de consumir” (BOURGOIGNIE, apud SOUZA, 1996. p. 48). (<https://bourroul.wordpress.com/a-revolucao-industrial-e-o-direito-do-consumidor/> acesso em 31/10/2015)”

Pode-se afirmar que os pioneiros nesses movimentos consumeristas de que se tem notícia, foram os americanos, com atividade maciça acerca deste tema no final do século XIX.

Em 1872 foi editada a SHERMAN ANTI TRUST ACT, conhecida como Lei Sherman, com o objetivo de coibir as fraudes praticadas no comércio, além de proibir comerciais desleais como, por exemplo, a combinação de preço e o monopólio. No ano de 1891 surge a NEW YORK CONSUMERS LEAGUE como primeiro órgão de defesa do consumidor, fundado por Josephine Lowell – militante feminista aliada ao movimento de trabalhadores.

Anos após, Florence Kelly fundou a NATIONAL CONSUMERS LEAGUE, a partir da reunião entre Nova Iorque, Boston e Chicago. Esse organismo adquiria produtos fabricados por empresas que respeitavam os direitos humanos bem como incentivavam a compra destes, ideal muito semelhante ao que hodiernamente é propugnado a garantir o consumo sustentável no mundo inteiro, através do incentivo à aquisição de produtos que respeitem o meio ambiente.

Em 1906, Upton Sinclair escreveu THE JUNGLE (A selva), obra que conta sobre a sua visita a uma fábrica de alimentos à base de carne. A repercussão dessa obra levou à edição da Pure Food and Drug Act, diante das surpreendentes e negativas revelações do autor em relação ao processo de produção daqueles alimentos, sendo que um ano depois, cria-se o MEAT INSPECT ACT, a fim de inspecionar e controlar a comercialização de carne.

Depois da criação do FEDERAL TRADE COMMISSION, em 1914, surge em 1927 o PFDA (Pure Food Drug Insecticide Administration), ano em que Stuart Chase e Frederick Schilink lançam a “Campanha da Prova”, com o objetivo de comparar produtos, orientando os consumidores a consumir conscientemente, com

o uso racional do dinheiro. Três anos mais tarde, o PFDA daria origem à FDA (Food and Drug Administration), considerada ainda a mais respeitada autarquia no que diz respeito ao controle de gêneros alimentícios e medicamentos.

Em 1936 foi criada a CONSUMERS UNION, tornando-se o maior órgão de proteção do consumidor do mundo. Dentre suas atribuições estava a de publicar revistas e material didático para a orientação dos consumidores.

Séculos após no dia 15 de Março de 1962, o presidente Kennedy então chefe do executivo americano enviou ao congresso nacional uma carta que dizia: “consumidor somos todos nós, porém consumidor é o único polo não eficazmente organizado na economia, afetando e sendo afetado diariamente.”

Nessa carta o presidente Kennedy mostrou ao congresso norte americano a importância de se legislar e de se garantir os direitos básicos do consumidor e dali em diante surgiu diversos movimentos sociais que pretendiam a defesa do consumidor. A carta ainda listou uma série de direitos fundamentais dos consumidores, a saber:

- 1 – Direito à saúde e à segurança;
- 2 – Direito à informação;
- 3 – Direito à escolha;
- 4 – Direito a ser ouvido.

Sobre os antecedentes históricos do Direito do consumidor, lecionou João Batista de Almeida pagina 09-10:

“Como tema específico, a defesa do consumidor no Brasil é relativamente nova. São de 1971 a 1973 os discursos proferidos pelo então Deputado Nina Ribeiro, alertando para a gravidade do problema, densamente de natureza social, e para a necessidade de uma atuação mais enérgica no setor. Em 1978 surgiu, em âmbito estadual, o primeiro órgão de defesa do consumidor, o PROCON — Grupo Executivo de Proteção e Orientação ao Consumidor de São Paulo, criado pela Lei n. 1.903, de 1978. Em âmbito federal, só em 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (Decreto n. 91.469), posteriormente extinto e substituído pela SNDE — Secretaria Nacional de Direito Econômico. Como tema inespecífico, no entanto, constata-se a existência de legislação que indiretamente protegia o consumidor, embora não fosse esse o objetivo principal do legislador. A primeira manifestação de que se tem notícia, nessa área, é o Decreto n. 22.626, de 7-4-1933, editado com o intuito de reprimir a usura. De lá para cá, passando pela Constituição de 1934, surgem as primeiras normas constitucionais de proteção à economia popular (arts. 115 e 117). O Decreto-Lei n. 869, de 18-11-1938, e depois o de n. 9.840, de 11-9-1946, cuidaram dos crimes contra a economia popular, sobrevivendo, em 1951, a chamada Lei de Economia Popular, até hoje vigente. E de 1962 a Lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico (n. 4.137), que reflexamente beneficia o consumidor, além de haver criado o

CADE — Conselho Administrativo de Defesa Econômica, na estrutura do Ministério da Justiça, ainda existente, subordinado, porém, à SNDE. Em 1984 foi editada a Lei n. 7.244, que autorizou os Estados a instituírem Juizados de Pequenas Causas, revogada pela Lei n. 9.099, de 26-9-1995. Com a Lei n. 7.492, de 16-6-1986, passaram a serem punidos os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, denominados “crimes do colarinho branco”. Passos importantes, no entanto, foram dados a partir de 1985. Em 24-7-1985 foi promulgada a Lei n. 7.347, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, além de outros bens tutelados, iniciando, dessa forma, a tutela jurisdicional dos interesses difusos em nosso país. Na mesma data foi assinado o Decreto federal n. 91.469, alterado pelo de n. 94.508, de 23-6-1987, criando o CNDF — Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, que tinha como função assessorar o Presidente da República na formulação e condução da política nacional de defesa do consumidor, com competência bastante extensa, mas sem poder coercitivo. Tal órgão colegiado veio a ser extinto no início do Governo Collor de Mello e substituído por outro singular, o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, subordinado à SNDE, na estrutura do Ministério da Justiça. Ganhou-se em termos de agilidade e de uniformidade de procedimento em relação à área de defesa econômica; perdeu-se em representatividade no que se refere à participação dos órgãos estaduais e municipais, das entidades privadas de defesa do consumidor e da sociedade civil (Conar, OAB, Confederações do empresariado: indústria, agricultura e comércio), que integravam o extinto Conselho. A vitória mais importante nesse campo, fruto dos reclamos da sociedade e de ingente trabalho dos órgãos e entidades de defesa do consumidor, foi a inserção, na Constituição da República promulgada em 5 de outubro de 1988, de quatro dispositivos específicos sobre o tema. O primeiro deles, mais importante porque reflete toda a concepção do movimento, proclama: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 52, XXXII). Em outra passagem, é atribuída competência concorrente para legislar sobre danos ao consumidor (art. 24, VIII). No capítulo da Ordem Econômica, a defesa do consumidor é apresentada como uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia (art. 170, V). E o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias anunciava a edição do tão almejado Código de Defesa do Consumidor, que se tomou realidade pela Lei n. 8.078, de 11-9-1990, após longos debates, muitas emendas e vários vetos, tendo por base o texto preparado pela Comissão de Juristas e amplamente debatido no âmbito do CNDC. Pode-se adiantar que hoje o consumidor brasileiro está legislativamente bem equipado, mas ainda se ressentido de proteção efetiva, por falta de vontade política e de recursos técnicos e materiais. “Mesmo assim, há que ser festejado o grande avanço experimentado nos últimos anos, que alçou o País, nessa área, e em termos legislativos pelo menos, ao nível das nações mais avançadas do Planeta.”

1.2 CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

A Lei 8.070/90 (CDC) efetivou o princípio da defesa do consumidor, admitido no artigo 170, V, CF.

O direito do consumidor saiu da esfera do direito privado, quando a CF/88 determinou a inserção do Estado na tutela dos direitos do consumidor, os princípios passaram a ser de natureza pública.

Artigo 1º, CDC – as normas do código são normas de ordem pública e interesse social, portanto, são obrigatórias. Os direitos do consumidor se aplicam às relações de consumo, ainda que contra a vontade do consumidor (observância obrigatória). EXEMPLO: o consumidor não pode abdicar dos direitos (garantia legal) mesmo que lhe seja oferecido um desconto muito vantajoso; essas normas são imperativos legais.

O CDC tem o papel de regular o mercado consumidor e o papel de criar no mercado de consumo princípios e regras de proteção ao consumidor, equilibrando a relação de consumo.

Nesse contexto Nunes, Rizzato diz:

“Quando examinamos o texto da Constituição Federal brasileira de 1988, percebemos que ela inteligentemente aprendeu com a história e também com o modelo de produção industrial que acabamos de relatar”. Podemos perceber que os fundamentos da República Federativa do Brasil são de um regime capitalista, mas de um tipo definido pela Carta Magna. Esta, em seu art. 1º, diz que a República Federativa é formada com alguns fundamentos, dentre eles a cidadania, a dignidade da pessoa humana e, como elencados no inc. IV do art. 1º, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. E sobre esse último aspecto, deve-se fazer um comentário específico. Tem-se dito, de forma equivocada, que esse fundamento da livre iniciativa na República Federativa do Brasil é o de uma livre iniciativa ampla, total e irrestrita. Na verdade, é uma leitura errada e uma interpretação errônea do texto. O inciso IV do art. 1º é composto de duas proposições ligadas por uma conjuntiva “e”: “os valores sociais do trabalho ‘e’ da livre iniciativa”. Para interpretar o texto adequadamente basta lançar mão do primeiro critério de interpretação, qual seja, o gramatical. Ora, essas duas proposições ligadas pela conjuntiva fazem surgir duas dicotomias: trata-se dos valores sociais do trabalho “e” dos valores sociais da livre iniciativa. Logo, a interpretação somente pode ser que a República Federativa do Brasil está fundada nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre iniciativa, isto é, quando se fala em regime capitalista brasileiro, a livre iniciativa sempre gera responsabilidade social. Ela não é ilimitada. Assim, quando chegarmos ao art. 170 da Constituição Federal, que trata dos princípios gerais da atividade econômica, com seus nove princípios, esses elementos iniciais têm de ser levados em conta. O regime é capitalista, logo há livre iniciativa, ela é possível, e aquele que tem patrimônio e/ou que tem condições de adquirir crédito no mercado pode, caso queira, empreender algum negócio.”

1.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC) – LEI N. 8.078/90

Tendo em vista a evolução da sociedade fez-se necessária uma legislação mais adequada a esse tipo de relação jurídica. Sendo assim surgiu então o CDC para regulamentar as relações de consumo formadas de um lado pelo consumidor individual ou coletivo e de outro o fornecedor de produtos ou serviços.

Trazendo como características:

a). É um diploma multidisciplinar, e possui regras tais como:

- a.1) constitucionais (dignidade humana),
- a.2) direito civil (reparação do dano pelo fornecedor),
- a.3) processo civil (ônus da prova),
- a.4) direito administrativo (infrações administrativas) e
- a.5) direito penal (há tipos penais previsto no CDC).

b) é lei principiológica, confere séries de princípios, cujo objetivo é reequilibrar uma relação jurídica que é bastante desigual conferindo direito ao consumidor (mais fraco) e impondo deveres ao fornecedor (mais forte).

c) ordem pública e de interesse social, os direitos dos consumidores não podem ser renunciados, são indisponíveis. Desta forma, existindo cláusula abusiva num contrato, pode o juiz reconhecer, de ofício, os direitos do consumidor.

A situação é diferente no que tange aos contratos bancários, onde o juiz não poderá reconhecer de ofício uma cláusula abusiva, conforme preconiza a súmula 381 STJ: Súmula 381 STJ: “Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.”

Sobre a parte inicial do código de defesa do consumidor Tartuce, Flávio diz:

“O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, conhecido e denominado pelas iniciais CDC, foi instituído pela Lei 8.078/1990, constituindo uma típica norma de proteção de vulneráveis. Por determinação da ordem constante do art. 48 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição Federal de 1988, de elaboração de um Código do Consumidor no prazo de cento e vinte dias, formou-se uma comissão para a elaboração de um anteprojeto de lei, composta por Ada Pellegrini Grinover (coordenadora), Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari. Também houve uma intensa colaboração de Antonio Herman de

Vasconcellos e Benjamin, Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Mariângela Sarrubo, Nelson Nery Jr. e Régis Rodrigues Bonvicino. Como norma vigente, o nosso Código de Defesa do Consumidor situa-se na especialidade, segunda parte da isonomia constitucional, retirada do art. 5º, caput, da CF/1988. Ademais, o conteúdo do Código Consumerista demonstra tratar-se de uma norma adaptada à realidade contemporânea da pós-modernidade jurídica. A expressão pós-modernidade é utilizada para simbolizar o rompimento dos paradigmas construídos ao longo da modernidade, quebra ocorrida ao final do século XX. Mais precisamente, parece correto dizer que o ano de 1968 é um bom parâmetro para se apontar o início desse período, diante de protestos e movimentos em prol da liberdade e de outros valores sociais que eclodiram em todo o mundo. Em tais reivindicações pode ser encontrada a origem de leis contemporâneas com preocupação social, caso do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. De acordo com os ensinamentos de Eduardo Bianca Bittar, a pós-modernidade significa “o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural, que haverá de alargar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, inaugura sua mescla com os restos da modernidade”. Nota-se que a pós-modernidade representa uma superação parcial, e não total, da modernidade, até porque a palavra “moderno” faz parte da construção morfológica do termo. Em verdade, é preciso rever conceitos, e não romper com eles totalmente. As antigas categorias são remodeladas, refeitas, mantendo se, muitas vezes, a sua base estrutural. Isso, sem dúvida, vem ocorrendo com o Direito, a partir de um novo dimensionamento de antigas construções. A pós-modernidade pode figurar como uma revisitação das premissas da razão pura, por meio da análise da realidade de conceitos que foram negados pela razão anterior, pela modernidade quadrada. Essa é a conclusão de Hilton Ferreira Japiassu, merecendo destaque os seus dizeres:

“Diria que a chamada ‘pós-modernidade’ aparece como uma espécie de Renascimento dos ideais banidos e cassados por nossa modernidade racionalizadora. Esta modernidade teria terminado a partir do momento em que não podemos mais falar da história como algo de unitário e quando morre o mito do Progresso. É a emergência desses ideais que seria responsável por toda uma onda de comportamentos e de atitudes irracionais e desencantados em relação à política e pelo crescimento do ceticismo face aos valores fundamentais da modernidade. Estaríamos dando Adeus à modernidade, à Razão (Feyerabend)? Quem acredita ainda que ‘todo real é racional e todo racional é real’ (Hegel)? Que esperança podemos depositar no projeto da Razão emancipada, quando sabemos que orientou-se para a instrumentalidade e a simples produtividade? Que projeto de felicidade pessoal pode proporcionar-nos um mundo crescentemente racionalizado, calculador e burocratizado, que coloca no centro de tudo o econômico, entendido apenas como o financeiro submetido ao jogo cego do mercado? Como pode o homem ser feliz no interior da lógica do sistema, onde só tem valor o que funciona segundo previsões, onde seus desejos, suas paixões, necessidades e aspirações passam a ser racionalmente administrados e manipulados pela lógica da eficácia econômica que o reduz ao papel de simples consumidor?”

As normas do CDC constituem normas de observância obrigatória. O consumidor não pode abrir mão de direitos trazidos pelo CDC.

O código de defesa e proteção ao consumidor além de inúmeras garantias estabeleceu também princípios norteadores (explorados no decorrer dessa monografia) para a maior aplicabilidade da lei em cada caso concreto.

2 PRINCÍPIOS GERAIS DA RELAÇÃO DE CONSUMO E DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

A desigualdade na relação jurídica faz imprescindível a existência de uma lei específica para proteger o consumidor. Ela se caracteriza por ser uma lei principiológica, que busca garantir direitos aos consumidores e impor deveres aos fornecedores.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS

O objetivo da política nacional de consumo é a defesa da dignidade da pessoa humana do consumidor, entre outros elencados no artigo 4º do CDC. Esses temas servem de norte para os princípios, é o que explicita o artigo em tela:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)”

2.2 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR (ART. 4º, I DO CDC)

A vulnerabilidade nada mais é que o reconhecimento da fragilidade do consumidor perante o fornecedor.

A vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência, que é esta, nas relações de consumo, é um conceito de direito processual, ou seja, a fragilidade do consumidor em juízo, enquanto a vulnerabilidade é a fragilidade do consumidor na relação de direito material.

Todo consumidor é vulnerável, mas nem todo o consumidor é hipossuficiente.

2.2.1 RECONHECIMENTO DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE CONSUMO

A vulnerabilidade do consumidor é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva que fragiliza e enfraquece o consumidor, gerando um desequilíbrio da relação de consumo.

Em suma significa dizer que ele é o mais fraco da relação. No aspecto científico, econômico, etc.

A doutrina nesse sentido elenca 03 situações, que são elas:

- Vulnerabilidade técnica: o fornecedor é o detento do monopólio dos meios de produção, é ele que tem o conhecimento técnico daquilo que está produzindo, não possuindo o consumidor o conhecimento técnico daquilo que vai comprar.

Assim, o consumidor pode ser facilmente enganado. A vulnerabilidade é presumida apenas para o consumidor não profissional. (neste aspecto o STJ adota a teoria finalista atenuada, que compreende que o profissional somente será consumidor se comprovada a vulnerabilidade). O consumidor profissional deve provar dentro do caso concreto.

- Vulnerabilidade jurídica ou científica: envolve a falta de conhecimento jurídico ou de outros ramos da ciência, como a contabilidade e a economia, por parte do consumidor. Nesse caso novamente o consumidor não profissional tem essa vulnerabilidade presumida afastada.

- Vulnerabilidade sócio econômica: abrange a maciça massa de consumidores.

No caso de advogados não se pode falar nas vulnerabilidades anteriores, mas aqui se pode falar. Basta apenas uma vulnerabilidade para restar tipificada a proteção ao consumidor.

- Vulnerabilidade informacional (apenas alguns doutrinadores falam, sendo que alguns incluem dentro da vulnerabilidade técnica): fala-se da vulnerabilidade do consumidor quanto à informação sobre o produto consumido (ex. alimentos transgênicos, vendas pela internet.).

2.3 PRINCÍPIO DA DEFESA DO CONSUMIDOR PELO ESTADO (ART. 4º, II)

Diante do crescimento da economia, começavam a surgir os conglomerados econômicos compostos por grandes empresas ou grupos de grandes empresas que, além de acabar com aquele antigo modelo regido pela pessoalidade nas transações consumeristas, passaram a ditar o ritmo em que bens e serviços seriam distribuídos. Dessa forma, a sociedade que conhecemos hoje, eminentemente capitalista, revelou-se influenciada por esses grandes conglomerados econômicos.

Fato notório que a mudança na concentração do poder econômico tornou desiguais às relações consumeristas, visivelmente desequilibradas em desfavor do consumidor.

Diante desse quadro, o Estado viu-se obrigado a intervir no plano econômico com vistas à implementar a proteção do consumidor, assim o fez, erigindo a matéria ao nível constitucional, bem como editando normas de ordem pública acerca das relações consumeristas.

A constituição brasileira então trouxe em seu bojo dispositivos legais que legitimam o princípio da defesa do consumidor pelo estado, *in verbis* :

Art. 5º, XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

“Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
V - produção e consumo;
VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;”

Art. 150 § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.

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

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

Essa norma já foi exaurida com a edição do CDC.

2.3.1 AÇÃO GOVERNAMENTAL NO SENTIDO DE PROTEGER EFETIVAMENTE O CONSUMIDOR

O CDC trouxe em seu texto a estruturação, funcionamento e mecanismos de proteção ao consumidor, dispostos no art 106:

“Art. 106. O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe:

I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor;

II - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado;

III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias;

IV - informar, conscientizar e motivar o consumidor através dos diferentes meios de comunicação;

V - solicitar à polícia judiciária a instauração de inquérito policial para a apreciação de delito contra os consumidores, nos termos da legislação vigente;

VI - representar ao Ministério Público competente para fins de adoção de medidas processuais no âmbito de suas atribuições;

VII - levar ao conhecimento dos órgãos competentes as infrações de ordem administrativa que violarem os interesses difusos, coletivos, ou individuais dos consumidores;

VIII - solicitar o concurso de órgãos e entidades da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, bem como auxiliar a fiscalização de preços, abastecimento, quantidade e segurança de bens e serviços;

IX - incentivar, inclusive com recursos financeiros e outros programas especiais, a formação de entidades de defesa do consumidor pela população e pelos órgãos públicos estaduais e municipais;

X, XI, XII vetados.

XIII - desenvolver outras atividades compatíveis com suas finalidades.”

Essas garantias foram materializadas através dos órgãos de proteção ao consumidor:

a) por iniciativa direta; (por meio dos PROCONS, por exemplo.).

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas; (ex.: ADECON, IDEC, etc.) é importante, pois desafoga o MP.

c) pela presença do Estado no mercado de consumo; (o estado intervém em razão de abuso do poder econômico ou em razão de lacuna da iniciativa privada - deve o estado ainda ficar de olho no: VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.).

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. (Agência Executiva que celebra contrato de gestão, como no caso do IMMETRO).

2.4 PRINCÍPIO DA HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

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

Boa-fé objetiva: é aquela que não é subjetiva (analisa aspectos internos do sujeito de direito). A boa-fé objetiva leva em consideração aspectos externos da relação jurídica, analisa regras de conduta, e comportamento das partes.

Se na relação formada entre as partes, os mesmos atuaram ou não com lealdade, honestidade, etc. A boa-fé é a base da relação consumerista.

Ao se falar de boa-fé objetiva é importante destacar os deveres anexos (ou laterais ou secundários):

- Dever de informação (lateral ou secundário)
- Dever de cooperação
- Dever de proteção

Equilíbrio é quando o CDC confere direitos e traz prerrogativas, com o intuito de conseguir uma igualdade material na relação, ou seja, o equilíbrio na relação. Pela redação do artigo 51, IV do CDC a cláusula que viola estes dois requisitos é nula de pleno direito:

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

2.5 PRINCÍPIO DA EDUCAÇÃO E INFORMAÇÃO (ART. 4º, IV DO CDC)

Com o objetivo de melhorias no mercado de consumo, bem como levar ao consumidor o conhecimento dos seus direitos e deveres, criou-se o princípio da educação e informação, fundamentado no inciso IV do art. 4º do CDC: “IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;”

2.6 PRINCÍPIO DA QUALIDADE E SEGURANÇA (OU CONFIANÇA) (ART. 4º, V)

Intimamente ligado ao princípio da transparência tem-se o princípio da segurança (ou confiança), que consiste na credibilidade depositada pelo consumidor no produto ou contrato a fim de que sejam alcançados os fins esperados. Prestigia, dessa forma, as legítimas expectativas do consumidor. Conforme leciona o inciso V do art. 4º do CDC: “V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;”

2.7 PRINCÍPIO DO COMBATE AO ABUSO (ART. 4º, VI DO CDC)

Sobre este princípio, de grande relevância, há quem diga que existe uma contradição no que se refere ao não tratamento da concorrência desleal e da propriedade industrial no Código de Defesa do Consumidor. No entanto o art. 4º, VI,

o que deve ser elucidado é a questão da prática da concorrência desleal e da propriedade industrial, de alguma maneira atinja o consumidor direta ou indiretamente. Para a ciência jurídica consumerista, o que interessa é que se o uso de determinado produto ou serviço traz prejuízos e não interessa o uso irregular de uma marca de comércio, pura e simplesmente. Deve-se entender que o fito deste princípio é a condenação de práticas que tragam prejuízo ao consumidor, sendo a relação que importa a do fornecedor-consumidor, e não a do fornecedor-fornecedor, ou ainda empresário-empresário, que fora interpretado indevidamente através do inciso especificado acima, ilustrado aqui:

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

2.8 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (ART. 7º, P. ÚNICO)

A legislação prevê a responsabilidade solidária da empresa que expõe o produto ou prestação de serviço a disposição do consumidor final, então veja:

“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.
Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.”

No mesmo sentido também defende o artigo 25 do CDC. Sendo que o artigo 12 e o artigo 18 do CDC tratam de forma clara da matéria. No artigo 12, em um primeiro momento não há que se falar em responsabilidade solidária, sendo que no artigo 18 fala de forma genérica, seria falar de solidariedade.

No caso do artigo 12 do CDC, se cometido o vício por mais de um dos motivos elencados (ou seja, se mais de um contribui para causar o dano), é possível falar-se em responsabilidade solidária em razão do princípio da responsabilidade solidaria.

De forma semelhante entende a jurisprudência pátria:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS À DISTÂNCIA. FORNECIMENTO DE DIPLOMA. APLICABILIDADE DO CDC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Consoante a exegese do art. 7º c/c 25, § 1º, ambos do CDC e do entendimento da jurisprudência, respondem solidariamente todos os envolvidos na causação de danos ao consumidor. Na hipótese, tanto o Centro de Estudos fornecedor do serviço, quanto àquele que disponibilizou as instalações físicas e gerenciou o contrato da parte autora têm responsabilidade pela demora na emissão de diploma, devendo responder de forma solidária pelos danos causados à parte autora. Apelo provido. Unânime. (Apelação Cível Nº 70066938655, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Dilso Domingos Pereira, Julgado em 11/11/2015).”

“(TJ-RS - AC: 70066938655 RS, Relator: Dilso Domingos Pereira Data de Julgamento: 11/11/2015, Vigésima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/11/2015) PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO QUE APRESENTOU DEFEITO NO AR CONDICIONADO. CONCESSIONÁRIA. ILEGITIMIDADE AFASTADA. ART. 18 DO CDC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FRABRICANTE E DO FORNECEDOR. I. “Comprado veículo novo com defeito, aplica-se o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor e não os artigos 12 e 13 do mesmo Código, na linha de precedentes da Corte. Em tal cenário, não há falar em ilegitimidade passiva do fornecedor” (RE-Sp nº 554.876/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes, DJU de 17/02/2004). II. Recurso especial parcialmente provido para afastar a ilegitimidade passiva da empresa ré.”

“(STJ - RE-Sp: 821624 RJ 2006/0036922-6, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 19/10/2010, T4 - QUARTA TURMA Data de Publicação: DJe 04/11/2010) DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSO CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. RESCISÃO DE CONTRATO. APLICAÇÃO DO CDC. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. NÃO VERIFICADO. MULTA COMPENSATÓRIA. DEVIDA. INCIDÊNCIA SOBRE O VALOR PAGO. RETENÇÃO DE VALORES PAGOS. INDEVIDA. CULPA DA CONSTRUTORA. 1. A relação jurídica havida entre as partes encontra-se submetida aos ditames do Código de Defesa do Consumidor, pois há a figura do consumidor, destinatário final econômico e fático do produto (unidade imobiliária) construído, incorporado e comercializado pelas requeridas fornecedoras de modo habitual e profissional (artigos 2º e 3º do CDC). 2. O Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade solidária daqueles que de algum modo participaram da cadeia de produção e fornecimento do produto ou serviço, consoante inteligência dos arts. 7º parágrafo único e 18, ambos de referido diploma legal. 3. Mostra-se impossível acolher a alegação de ocorrência de caso fortuito ou força maior, quando estes não restaram devidamente

comprovados. 2.1. Cumpre salientar que a alegação de escassez de mão de obra qualificada e de insumos na construção civil, bem como a burocracia enfrentada perante o Poder Público, constitui fato externo ao âmbito da relação negocial estabelecida entre o consumidor e a fornecedora, inerente ao risco do empreendimento, sendo defeso dividi-lo com a outra contratante, ou simplesmente atribuí-lo a terceiros. 4. Existindo previsão expressa de cláusula penal para a inadimplência, consubstanciada no atraso para a entrega do imóvel, é devida a aplicação da multa, que deve incidir sobre o valor total pago e não sobre o valor do imóvel. 5. Rescindido o contrato por culpa da Construtora, não há que se falar em retenção de qualquer valor, a qual somente é possível no caso de rescisão por parte do comprador. 6. Preliminar rejeitada. Apelação parcialmente conhecida e parcialmente provida.

(TJ-DF - APC: 20140111957306 Relator: ANA CANTARINO, Data de Julgamento: 07/10/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/10/2015 . Pág.: 250)”

3. ELEMENTOS DA RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO

É através da identificação da relação de consumo que se pode afirmar ou não quanto à aplicabilidade do CDC.

Uma relação de consumo é composta de três elementos, quais sejam:

- 1) Sujeito ativo (consumidor)
- 2) Sujeito passivo (fornecedor)
- 3) Objeto (produto ou serviço)

Se tiver um sujeito ativo, ligado a um sujeito passivo em função do objeto tem se uma relação jurídica.

3.1 DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

O CDC tem natureza jurídica de direito público, é cláusula pétrea da CF/88. A relação jurídica do consumidor nunca pode ser pior do que seria acaso participasse de uma relação de direito privado. Deve estar no mínimo em uma situação similar.

O art. 1º *caput* confere a diploma natureza cogente, ou seja, de ordem pública e interesse social, aplicável *ex officio* pelo juiz e se sobrepondo aos contratos e declarações unilaterais de vontade.

O CDC deve ser interpretado visando a maior proteção ao consumidor, que sempre será tutelado pela norma jurídica mais protetiva. Para isso, podem ser aplicadas até as normas do CC em detrimento do CDC. O CDC contém o patamar mínimo de direitos do consumidor. Não pode uma norma jurídica limitar os direitos tutelados pelo CDC.

O art. 6º do código de defesa do consumidor tratou de trazer em seu bojo os direitos básicos do consumidor:

“Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;”

- Nocividade e periculosidade razoável, trata se do direito à vida, saúde e segurança do consumidor. É possível apesar de duras criticas colocar um produto nocivo ou perigoso no mercado, mas desde que este mantenha os limites do razoável. Segundo e não menos importante, desde que este produto tenha uma informação ostensiva e adequada sobre a nocividade e a periculosidade.

No caso de descoberta, após colocar produto nocivo no mercado, deve o fornecedor retirar o produto ou serviço do mercado e informar a população e as autoridades competentes sobre os riscos que o consumidor pode estar exposto.

Assim, são requisitos para verificação quanto a nocividade do produto, o que esta elencado nos artigos 8º a 10 do CDC.

- Informação ostensiva e adequada, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Isso é o mínimo de informação dos produtos para o consumidor ter a escolha de contratar ou não. Questão interessante aqui é a do preço via Código de Barras, sendo que hoje possui lei específica (de 2006), em que não ser aceita, sendo uma violação evidente do artigo 31 do CDC.

A informação é uma prática que deve estar presente na fase pré-contratual, na fase contratual e pós-contratual.

Na fase pré-contratual: informação na oferta e qualidades em geral;

Na fase contratual: informação legível e o conhecimento de todas as cláusulas do contrato, do teor do contrato;

Na fase pós-contratual: como na fase de assistência ou reparação de produtos, garantia do produto, devendo haver informação adequada ao consumidor.

- Direito à liberdade de escolha e igualdade às contratações a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas à liberdade de escolha e a igualdade nas contratações; Artigo 6º, II do CDC:

3.2 DIREITO A PROTEÇÃO ÀS PRATICAS COMERCIAIS E CONTRATUAIS

O legislador preocupou-se em especial com os contratos e as práticas comerciais, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor no tocante interpretação e possibilidade de discussão desses contratos.

O código de defesa do consumidor trouxe a baila à proteção do comércio e dos contratos de consumo, para que fosse efetivada a proteção aos contratos e práticas comerciais abusivas, conforme o dispositivo legal disposto no art 6º, IV, abaixo: “IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;”

Exemplo seria a “venda casada”, conforme o artigo 39, I do CDC:

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)
I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;”

O princípio fala ainda em práticas contratuais abusivas, estando o rol exemplificativo no artigo 51 do CDC:

“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;
II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;
III - transfiram responsabilidades a terceiros;
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;
V - (Vetado);
VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;
VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;
VIII - imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;
IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;
X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;
XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;
XII - obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;
XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;
XIV - infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;”

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;
XVI - possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

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

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

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

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

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

§ 3º (Vetado).

§ 4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para ser declarada a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes.”

Outras garantias, porém estão dispostas em todo o texto do código de defesa do consumidor, sendo o art. 51, como dito, apenas um rol exemplificativo.

3.3 DIREITO AO ACESSO À JUSTIÇA E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

A inversão do ônus da prova não é direito subjetivo do consumidor, deve ser analisado no caso concreto de acordo com critérios de verossimilhança e hipossuficiência. É necessário que fique demonstrado que o consumidor não tem condições de produzir a prova de que precisa, deve ao menos tentar, por isso se diz que não é um direito subjetivo do autor.

Quando se diz que a inversão se dá a critério do juiz, há uma certa margem de discricionariedade, mas também há vinculação à verossimilhança e a hipossuficiência.

O Artigo 6º, VII e VIII do CDC leciona sobre o direito de acesso a justiça e a inversão do ônus da prova:

“VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for

verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;”

Diz-se que a inspiração deste dispositivo adveio da Teoria da Distribuição Dinâmica da Prova ou das Cargas Probatórias, para qual o ônus da prova deve ser determinado no caso concreto, incumbindo-se a quem tenha realmente condições de provar. Ou seja, não deve o ônus da prova ser distribuído previamente.

Para fundamentar essa Teoria, que não foi acolhida expressamente pelo CPC, a doutrina e a jurisprudência. Fundamentam-se nos princípios fundamentais:

- Princípio da Adequação: o processo deve ser adequado às peculiaridades do caso concreto (o que a nosso sentir advém da busca pela máxima efetividade do direito em litígio)
- Princípio da igualdade: ônus é de quem possa suportar o ônus.

A inversão do ônus da prova ocorrerá a critério do juiz (*ope judicis*) quando for:

- verossímil a alegação do consumidor;
- ou hipossuficiente

A vulnerabilidade, que é fenômeno de direito material, portanto é presumida para o consumidor não profissional. A Hipossuficiência, por sua vez, fenômeno de direito processual como tal tem que ser comprovado diante do caso concreto. Não é presumido.

3.3.1 MOMENTO DE INVERSÃO DO ÔNUS SEGUNDO A DOUTRINA

1ª – (minoritária) despacho da inicial: salvo no JESP, diz que é muito cedo para analisar os requisitos;

2ª – é na sentença: o ônus da prova é questão de julgamento, portanto o juiz somente vai analisar na sentença. A crítica diz que é tarde para se inverter o ônus, pois pode pegar as partes de surpresa e comprometer a ampla defesa e o contraditório.

3ª – Até o saneamento do processo.

No STJ são muito difundidas as duas últimas, sendo que prevalece um pouco a que entende na fase de saneamento. Conforme julgado pelo egrégio tribunal superior de justiça, em EREsp 422.778-SP a baixo citado:

“Trata-se de REGRA DE INSTRUÇÃO, devendo a decisão judicial que determiná-la ser proferida preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurar à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo a reabertura de oportunidade para manifestar-se nos autos.(Segunda Seção. EREsp 422.778-SP, Rel. originário Min. João Otávio de Noronha, Rel. para o acórdão Min. Maria Isabel Gallotti (art. 52, IV, b, do RISTJ), julgados em 29/2/2012).”

3.4 DIREITO E RECEBIMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS ADEQUADOS E EFICAZES

Toda e qualquer empresa, pública ou privada, que por via de contratação com a Administração Pública forneça serviços públicos, assim como, também as autarquias, fundações e sociedades de economia mista que, prestar serviços ou fornecer produtos numa relação típica de consumo estão sujeitas às regras do CDC, pouco importa se o serviço é prestado pela Administração de forma direta ou indireta.

Artigo 6º inciso X do CDC garante o direito ao adequado recebimento dos serviços públicos: “X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

Isso entra em conflito com a lei de serviços públicos (lei 8987/95) Conforme Leciona DOLZANE,Harley Farias :

“O CDC aplica-se às relações entre usuários/consumidores e concessionários/permissionários. Muito embora ainda haja controvérsia, diante da disposição expressa tanto do Código quanto da lei que regula as concessões e permissões não se torna difícil sustentar o contrário. A noção de serviço público difere da noção de serviço, constante do CDC. O serviço público em qualquer de suas acepções sempre fará referência às necessidades da coletividade e sua satisfação, diferentemente do serviço privado que se preocupa imediatamente com uma satisfação individual. Daí a importância da ressalva feita de que a aplicabilidade do CDC nas relações em que são objetos os serviços públicos não seja absoluta. A sistemática constitucional e legal tal como disposta atualmente parece ter, a despeito da construção doutrinária anteriormente firmada, equiparado a concessão à permissão sendo ambos contratos administrativos. Porém a própria lei 8987/95 suscita controvérsia ao definir permissão como contrato de adesão precário. Pode-se dizer que adequação do serviço público é a síntese de cinco princípios que, independentemente das normas pertinentes, devem reger obrigatoriamente todos os serviços públicos, quais sejam:

generalidade, permanência, eficiência, modicidade e cortesia que; A lei 8987/95 confronta com o CDC no que diz respeito a possibilidade de interrupção de serviços públicos, sendo que a primeira norma não se preocupou com a natureza desse serviço (se essencial ou não); Pode-se dizer que os serviços públicos essenciais são aqueles que apresentam uma perspectiva real e concreta de urgência a exceção dos que não são remunerados. O art. 10 da Lei de Greve tipifica alguns casos em que se verifica a essencialidade de algumas atividades. Jurisprudencialmente a controvérsia sobre a possibilidade ou não de se interromper o fornecimento de serviços públicos essenciais, talvez por ser recente, ainda é aguda.”

3.5 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA PUBLICIDADE

A publicidade Significa qualquer informação ou comunicação difundida com a finalidade de estimular consumidor a adquirir produto ou se utilizar de serviço.

A informação é um direito do consumidor ao que se contrapõe o dever do fornecedor em prestá-las de modo suficiente e adequado (corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa).

3.5.1 PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO IMEDIATA DA PUBLICIDADE

A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor a identifica de forma fácil e imediata, sendo assim considerada publicidade lícita. De modo a cumprir o estabelecido no art 36 do CDC: “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.”

Ou seja, de acordo como o CDC, são vedadas algumas publicidades, são elas:

- Publicidade dissimulada: é a publicidade redacional, com conotação jornalística. (Ex.: no jornal nacional, no intervalo, o Bonner entra e faz uma propaganda. Isso viola o princípio da identificação imediata).
- Publicidade subliminar: é aquela que não é captada pelo consciente, mas apenas pelo inconsciente.
- “Merchandising”: técnica de veiculação indireta de produtos no cotidiano dos personagens de um filme ou programa de TV.

3.6 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO CONTRATUAL DA PUBLICIDADE

O consumidor poderá exigir o cumprimento daquilo que foi ofertado na publicidade. Isso porque a oferta veicula o fornecedor que a fez veicular, integrando o contrato que vier a ser celebrado. Conforme ensinado no art 30 do CDC :

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

Diante desse principio o Tribunal de Justiça do Paraná julgou o caso concreto abaixo:

“A Faculdade Dinâmica do Paraná FADIP e Outros foram condenados, solidariamente, a pagar R\$ 10.000,00, a título de indenização por dano moral, a uma ex-aluna (E.G.) do extinto curso de Hotelaria e Turismo por veicular propaganda que não correspondia aos serviços prestados pela referida instituição de ensino.

Consta nos autos: Em 2003, E.G., após ser aprovada no vestibular, matriculou-se no curso de Hotelaria e Turismo da FADIP (situada em Jacarezinho/PR). Iniciadas as aulas, ela constatou inúmeras disparidades entre a estrutura divulgada (biblioteca informatizada, laboratório de informática, hotel-escola, agência de turismo modelo, etc.) e aquela concretamente oferecida aos alunos, destacando que o hotel-modelo se manteve em funcionamento por apenas quatro meses, e a sala de informática por apenas seis meses. No ano seguinte, 2004, a FADIP passou a se chamar FANORPI (Faculdade do Norte Pioneiro), e a sede do curso de Hotelaria e Turismo foi transferida para o Mosteiro Diocesano, situado às margens da rodovia BR-153. Posteriormente, os alunos foram convocados para uma reunião, ocasião em que o Diretor da FANORPI comunicou que o curso de Hotelaria e Turismo seria interrompido para que passasse por uma "reestruturação" e sugeriu que os alunos que não quisessem aguardar essa providência poderiam transferir-se para outros cursos da própria Faculdade ou de outras instituições de ensino.

Essa decisão da 6.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná reformou em parte (apenas para reduzir o valor da indenização) a sentença do Juízo da Vara Cível e Anexos da Comarca de Jacarezinho que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais, cumulada com indenização por danos materiais, ajuizada por E.G. para condenar os requeridos ao pagamento de indenização por dano moral no valor de R\$

(reduzido para R\$ pelos julgadores de 2º grau), bem como a restituírem 40% do valor de cada mensalidade cobrada.

O relator do recurso de apelação, desembargador Luiz Osório Moraes Panza, consignou em seu voto: "Não restam dúvidas de que o presente caso configura-se como relação de consumo, razão pela qual passo a analisá-la conforme os ditames estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor".

"Dispõe o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor 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'."

"Trata-se de princípio da vinculação contratual da publicidade, através do qual o fornecedor de produtos e serviços fica vinculado à publicidade ou informação suficientemente precisa, devendo cumpri-la nos exatos termos anunciados."

"Neste mesmo sentido o princípio da boa fé objetiva, segundo o qual o fornecedor deve portar-se no sentido de cumprir os deveres anexos de lealdade, proteção e informação, ficando vinculado à oferta publicamente veiculada."

"Analisando a prova dos autos, verifiquei que, muito embora algumas estruturas publicamente ofertadas tenham sido instaladas na instituição, estas se encontram muito aquém da qualidade dos serviços anunciados, sendo sequer adequadas aos fins que foram propostos."

"Assim, restou configurado o descumprimento das obrigações assumidas pela oferta publicitária, devendo as requeridas responderem pela disparidade entre o serviço efetivamente prestado e a oferta anunciada."
(Apelação Cível n.º 950769-7)"

A doutrina e a jurisprudência são pacíficas no que tange a vinculação da publicidade ao contrato por se tratar de maior amplitude ao direito do consumidor, baseando-se nisso o egrégio Tribunal de Justiça do Paraná julgou o caso acima citado.

3.7 PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE

Por este princípio não é possível veicular publicidade enganosa no mercado de consumo. É o que afirma o artigo 37 do CDC:

"Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva."

É aquela publicidade inteira ou parcialmente falsa, capaz de induzir em erro o consumidor. Ela pode ocorrer por:

- Comissão: afirma algo que não é real;
- Omissão: quando deixa de falar sobre dado essencial do produto ou do serviço.

Assim endente a Jurisprudência, conforme julgado abaixo:

"PROCESSO CIVIL E CIVIL. CDC. **PRINCÍPIO DA VERACIDADE DA PUBLICIDADE.** AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ADEQUADAS. OPERAÇÃO "CASADA". PROIBIÇÃO LEGAL. AJUSTE EIVADO DE VÍCIOS. RESCISÃO. CULPA DA CONSUMIDORA AFASTADA. SENTENÇA MANTIDA. 1. A CONSUMIDORA, AO TEMPO DE SUA ESTADA NA Pousada do Rio Quente em 1º.5.2006, FOI ABORDADA POR FUNCIONÁRIO DA ORA RECORRENTE QUE A TERIA ATRAÍDO À CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CRONOGRAMA DE FÉRIAS AO FUNDAMENTO DE CONCESSÃO DE DESCONTOS DE 50% DO VALOR NORMAL COBRADO NA PORTARIA E DE VIAGEM A DISNEY-EUA. 2. SUPERVENIENTE DESCOBERTA, POR P ARTE DA CONSUMIDORA,

QUE O PAGAMENTO DE TAXAS DE MANUTENÇÃO SERIA SEMANAL (E NÃO ANUAL) E A COBRANÇA DE TAXA DE INTERCÂMBIO NACIONAL SERIA COTADA EM DÓLARES E A PONTUAÇÃO NÃO LHE CONFERIRIA, NA PRÁTICA, SETE SEMANAS DE FÉRIAS E SIM TRÊS SEMANAS, O QUE, EM VEZ DE ACARRETAR BENEFÍCIOS TRARIA PREJUÍZOS SE, COMPARATIVAMENTE, A CONTRATAÇÃO FOSSE DIRETA NAS AGÊNCIAS DE VIAGEM OU NA PORTARIA DO COMPLEXO HOTELEIRO (PLANILHAS DE FLS. 42/44 NÃO IMPUGNADAS). 3. PATENTE A FALTA DE INFORMAÇÃO CLARA À CONSUMIDORA ACERCA DE TODAS AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS A FERIR O DIREITO BÁSICO TUTELADO NO ART. 6º, III, DA LEI 8.078/90 E O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL (CC, ART. 422). 4. IMPÕE-SE, POIS, A RESOLUÇÃO DA AVENÇA (E RESTITUIÇÃO DOS RESPECTIVOS VALORES À CONSUMIDORA) NA MEDIDA EM QUE O AJUSTE SE REVELA EIVADO DE VÍCIOS QUE MACULAM A SUA LICITUDE, EM FRANCA VIOLAÇÃO ÀS NORMAS CONSUMERISTAS. 5. NÃO HÁ COMO IMPUTAR QUALQUER PARCELA DE CULPA À ORA RECORRIDA PELA INEXECUÇÃO DO AJUSTE, VEZ QUE DEIXOU DE HONRAR COM O PAGAMENTO DAS PARCELAS CONTRATADAS ANTE A NEGLIGÊNCIA DA ORA APELANTE EM PRESTAR ADEQUADAMENTE OS SERVIÇOS CONTRATADOS. 6. PRECEDENTE: 2004011015226-7, REL. NILSONI DE FREITAS CUSTÓDIO, 1ª T. RECURSAL DO DF, EM 31.5.2005. 7. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 8. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS SÓLIDOS FUNDAMENTOS A AUTORIZAR A LAVRATURA DO ACÓRDÃO À LUZ DO ARTIGO 46 DA LEI 9.099/95. 9. ARCARÁ O APELANTE COM AS CUSTAS E HONORÁRIOS FIXADOS EM 20% DO VALOR DA CAUSA. (TJ-DF - ACJ: 276215620078070001 DF 0027621-56.2007.807.0001, Relator: FERNANDO ANTONIO TAVERNARD LIMA, Data de Julgamento: 07/07/2009, SEGUNDA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, Data de Publicação: 14/08/2009, DJ-e Pág. 176)”

3.8 PRINCÍPIO DA NÃO-ABUSIVIDADE NA PUBLICIDADE

Por este princípio é vedada a publicidade abusiva, também nos termos do artigo 37 *caput* do CDC.

A publicidade abusiva é a publicidade antiética, que fere valores da sociedade. Percebe-se que a publicidade abusiva não está relacionada com o produto ou serviço, como a publicidade enganosa, mas sim com a repercussão da mensagem na sociedade, em face da coletividade.

Esse é o fundamento de uma publicidade ser ao mesmo tempo enganosa e abusiva.

3.9 PRINCÍPIO DA INVERSÃO OBRIGATÓRIA DO ÔNUS DA PROVA

A fim de proteger o consumidor nas relações de consumo, tendo em vista a dificuldade do mesmo de produzir provas em juízo, o artigo 38 do CDC assim dispõe: “Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

O ônus da prova de modo geral é estudado pelo CPC, no seu artigo 333. Cada parte sabe o momento em que deve demonstrar as provas que constituem os seus direitos.

De modo geral no CDC o ônus da prova está no artigo 6º, VIII:

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

Especificamente quanto à inversão do ônus da prova a favor do consumidor, esta técnica processual procura restabelecer a igualdade e o equilíbrio na relação processual em razão do fornecedor geralmente dispor de melhores condições técnicas e econômicas para a disputa judicial.

3.10 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA OU DA FUNDAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE

O fornecedor tem que guardar em seus arquivos os dados fáticos, técnicos e científicos que dão fundamento de veracidade à sua mensagem publicitária. Esse princípio corrobora o princípio anterior (inversão do ônus da prova), pois é com base nesses dados que ele demonstra a veracidade de sua publicidade.

O artigo 36, § único do CDC ensina sobre a vinculação da publicidade:

“Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.
Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos

interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. “

3.11 PRINCÍPIO DA CORREÇÃO DO DESVIO DA PUBLICIDADE (OU CONTRAPROPAGANDA)

Quando o fornecedor veicula uma publicidade enganosa ou abusiva já causa lesão no mercado de consumo, independente de enganar ou não o consumidor, ou seja, se causa prejuízos ou não.

Mas se ele não tem como restaurar o *estado quo ante* (estado em que as coisas estavam antes), determina-se que o mesmo (fornecedor) veicule uma nova propaganda sem os vícios da enganabilidade ou do abuso, isso além das penalidades civis, administrativas e penais cabíveis, pois pode ainda se impor a essa contrapropaganda. Importante é lembrar que essa contrapropaganda deverá ser veiculada nas mesmas proporções (forma, frequência, dimensão e preferencialmente no mesmo veículo, espaço e horário) da publicidade enganosa ou abusiva, conforme artigo 60, §1º do CDC:

“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.”

4 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DO CONTRATO DE CONSUMO

Esse capítulo tratará dos princípios específicos do contrato de consumo, visto que já foi demonstrado na presente monografia os princípios gerais.

4.1 PRINCÍPIO DO ROMPIMENTO COM AS TRADIÇÕES PRIVATISTAS DO CODIGO CIVIL

Um exemplo clássico aqui é o fim da aplicação do princípio da *pacta sunt servanda*. Este princípio hoje é incompatível com as relações de consumo.

No CC temos um convite a oferta, pois é possível a sua revogação, mas no CDC a oferta vincula o fornecedor, nos termos do artigo 30 do CDC abaixo citado:

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

A oferta não é um mero convite como no CC, ela vincula e obriga o fornecedor. Outro ponto no CDC está no caso de contrato, onde no CDC não há convenção entre as partes, havendo sim o contrato de adesão. O contrato de consumo, em regra, é o contrato de adesão.

Em 2008 o artigo 54, §3º sofreu a seguinte alteração abaixo descrita:

“§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor (NR dada pela Lei 11.785/08).”

4.2 PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO (EXPLÍCITA) DO CONTRATO DE CONSUMO

O Artigo 51, §2º do CDC, traz a possibilidade da cláusula abusiva sem a invalidação total do contrato, vejamos: “§ 2º A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes.”

Assim, o contrato pode ter uma cláusula abusiva e não necessariamente ser anulado, ela será retirada, mas prevalecerá o contrato. O seu objetivo é preservar ao máximo o contrato de consumo.

Isso demonstra que o CDC apesar de proteger a parte insuficiente, não é uma normatização arbitrária.

Vale lembrar que o artigo 6º, V do CDC traz o princípio da preservação (implícita) do contrato de consumo.

4.3 PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA CONTRATUAL

Contemplado pelo artigo 46 do CDC o princípio da transparência contratual visa garantir ao consumidor o conhecimento prévio do conteúdo dos contratos, vejamos :

“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.”

O contrato de consumo não vincula o consumidor se não lhe for dada a oportunidade de conhecimento prévio, bem como no caso de redação de difícil compreensão.

A esse respeito, entende a jurisprudência pátria:

“E M E N T A PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. EMBARGOS INFRINGENTES. PUBLICIDADE ENGANOSA. DIREITO À INFORMAÇÃO. ART. 5º, XIV, CF. ART. 6º, III, CDC. **PRINCÍPIOS DA TRANSPARÊNCIA E DA BOA-FÉ OBJETIVA. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONDENAÇÃO.**

POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. No caso dos autos, veiculou-se publicidade enganosa de aparelhos celulares em 10 (dez) prestações sem juros, com o recebimento de brindes, mediante compra no cartão Hipercard, sem, contudo, informar ao consumidor que tais benefícios eram condicionados à habilitação do celular à operadora NBT (atual VIVO S.A). 2. Por expressa disposição legal, só respeitam os princípios da transparência e da boa-fé objetiva as informações que sejam corretas, claras, precisas e ostensivas sobre as características de produtos ou serviços, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e à segurança dos consumidores, sendo proibida a publicidade enganosa, capaz de induzir em erro o consumidor (arts. 31 e 37 do CDC). (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 259.903/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 25/09/2014). 3. A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço (art. 6º, III, do CDC) é dos direitos básicos do consumidor, talvez o mais elementar de todos, expressamente previsto no art. 5º, XIV, da Constituição de 1988. Precedentes do STJ. 4. Por violação a direitos transindividuais, é cabível a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). (STJ, REsp 1293606/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA DJe 26/09/2014). 5. Embargos infringentes improvidos.

(TJ-MA - EI: 0101262012 MA, Relator: ANTONIO GUERREIRO JÚNIOR, Data de Julgamento: 20/03/2015, PRIMEIRAS CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 24/06/2015)

Ainda neste sentido, cabe colacionar o julgado abaixo:

CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. VEÍCULO AUTOMOTOR. COBRANÇA. SINISTRO OCORRIDO QUANDO DIRIGIA O VEÍCULO O FILHO DO SEGURADO. HABITUALIDADE NÃO DEMONSTRADA, NEM EXCEPCIONADA EXPRESSAMENTE NO CONTRATO. CDC. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. 1. VIOLA O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E TRANSPARÊNCIA A PRETENSÃO DA SEGURADORA EM FURTAR-SE AO PAGAMENTO DO SEGURO ALEGANDO QUE O SINISTRO OCORREU QUANDO O VEÍCULO ERA DIRIGIDO PELO FILHO DO SEGURADO, SEQUER SE DESINCUMBINDO DO ÔNUS DA PROVA DE QUE O TERCEIRO ERA CONDUTOR HABITUAL, E TAMBÉM QUANDO NÃO DEIXA EXPRESSO NO CONTRATO, MEDIANTE QUESITO PRÓPRIO, A POSSIBILIDADE DA PERDA DO SEGURO NA HIPÓTESE DE OUTREM, QUE NÃO O SEGURADO, DIRIJA HABITUALMENTE O BEM SEGURADO, MALFERINDO O PRINCÍPIO CONSUMERISTA DA TRANSPARÊNCIA. 2. A SEGURADORA QUE CONTRATA E RECEBE O PRÊMIO DO SEGURO SEM QUALQUER OPOSIÇÃO, A DESPEITO DE TER O SEGURADO INFORMADO QUE TINHA FILHO MENOR DE 25 (VINTE E CINCO) ANOS DE IDADE, NÃO PODE SE FURTAR AO PAGAMENTO DO SEGURO, QUANDO DA OCORRÊNCIA DO SINISTRO PROVOCADO. 3. APELO IMPROVIDO.

(TJ-DF - AC: 41118220058070001 DF 0004111-82.2005.807.0001, Relator: CRUZ MACEDO, Data de Julgamento: 27/10/2005, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 24/11/2005, DJU Pág. 93 Seção: 3)."

4.4 PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR

Tendo em vista que em alguns contratos há cláusulas confusas, ambíguas ou até mesmo abusivas o artigo 47 do CDC determinou que a interpretação dos contratos de consumo será sempre a mais benéfica ao consumidor, obrigando assim ao fornecedor elaborar os contratos de forma clara e didática:

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

No CC existe um dispositivo semelhante, que é o artigo 423, diz que no caso de contrato de adesão, quando houver cláusulas ambíguas ou contraditórias, a interpretação deve ser feita em favor do aderente.

Mas percebe-se que o CDC é mais amplo, pois nos contratos de consumo todos serão assim interpretados, não havendo restrição aos de adesão. Dessa maneira entende a jurisprudência pátria:

“APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO COMINATÓRIA - TUTELA ANTECIPADA - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - PLANO DE SAÚDE - NEGATIVA DE COBERTURA - PERÍODO DE CARÊNCIA - INTERNAÇÃO HOSPITALAR - EXAMES SUBSEQUENTES - NATUREZA EMERGENCIAL DO TRATAMENTO - CLÁUSULA ABUSIVA - APLICAÇÃO DO CDC - INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR - DANOS MORAIS DEVIDOS - CORRETA FIXAÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. I. Para casos de emergência médica, a estipulação de prazo de carência superior a 24 horas é ilegal. II. A natureza emergencial do tratamento leva à redução do prazo de carência para 24 horas, surgindo o dever da Apelante de efetuar a cobertura de despesas que se fizerem necessárias. III. Devida a indenização por danos morais em caso de recusa de serviço médico-hospitalar, pela angústia, apreensão e desespero que levou à família, visto que a segurada acreditava estar coberta pelo plano de saúde que contratou. ApCv 706428-6 8ª CCV

(TJ-PR - AC: 7064286 PR 0706428-6, Relator: João Domingos Kuster Puppi Data de Julgamento: 10/02/2011, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 581).

RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. DESCUMPRIMENTO DE CONTRATO DE PLANO DE ASSISTÊNCIA FUNERÁRIA ANTE O ATRASO DE PAGAMENTO DE MENSALIDADE. SENTENÇA SINGULAR DE IMPROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA RECURSAL PARCIALMENTE ACOLHIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO. OBSERVÂNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS. NECESSIDADE DE PRÉVIA NOTIFICAÇÃO. NULIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ESTABELECE A EXONERAÇÃO DE SERVIÇOS ANTE O ATRASO DE PAGAMENTO DE MENSALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS 47 E 51, IV DO CDC. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. DEVIDA A

INDENIZAÇÃO DOS VALORES DESPENDIDOS COM OS SERVIÇOS FUNERÁRIOS. DANOS MORAIS NÃO VERIFICADOS, POR NÃO PRESUMIDOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. A recorrente se insurge contra a sentença a quo que julgou improcedente o seu pedido, tendo por objeto indenização por danos materiais e morais decorrentes do descumprimento do Contrato de Assistência Funerária celebrado com a requerida em 11/02/2013. 2. Pretende a reforma da sentença, argumentando que se revela abusiva e ilegal a recusa da prestação da assistência funerária requerida por ocasião do falecimento de sua tia, eis que se encontrava tão-somente com uma mensalidade em atraso; que, de qualquer sorte, não foi previamente notificada, na forma como determina o art. 322 do Código Civil. 3. Consta dos autos que o Contrato de Assistência Funerária entabulado entre as partes, ocasião do falecimento da tia da recorrente, também beneficiária do plano, se encontrava com duas mensalidades em atraso, sendo por tal razão que a recorrida, amparada na cláusula?Décima primeira? Do contrato, se negou a prestar os serviços. 4. A relação entre as partes é de consumo e o contrato em questão é típico contrato de adesão, razão por que cumpre Diante do exposto, resolve esta Turma Recursal, por unanimidade de votos, CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, nos exatos termos deste vot (TJPR - 1ª Turma Recursal - 0032544-08.2013.8.16.0182/0 - Curitiba - Rel.: Liana de Oliveira Lueders - - J. 11.11.2014). (TJ-PR - RI: 003254408201381601820 PR 0032544-08.2013.8.16.0182/0 (Acórdão), Relator: Liana de Oliveira Lueders, Data de Julgamento: 11/11/2014, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 17/11/2014).”

4.5 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO PRÉ-CONTRATUAL.

Elencado no artigo 48 do CDC, está a possibilidade de vinculação do fornecedor ao consumidor nas declarações de vontade constantes em escritos particulares:

“Art. 48. As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos.”

Nos casos de recibos, pré-contratos (ex.: compromisso de compra e venda) vincula-se também o fornecedor. Evitando assim abusos e descumprimento de acordos pré-estabelecidos.

4.6 DIÁLOGOS ENTRE AS FONTES

Isso ocorre quando há mais diplomas capazes de proteger a relação jurídica em questão, como no caso do CDC e o CC, sendo que parte da doutrina entende que devem ser conformados, conjugados na sua aplicação.

Nesse rumo, parcela da doutrina entende que o CDC não exclui o CC na sua aplicação, mas sim há uma aplicação conjugada.

No caso de conflito aparente de normas é comum se falar em ab-rogação ou derrogação. Mas em 1995 um doutrinador alemão chamado *ERIK JAIME*, em seu curso geral de Haia, propôs a não exclusão de um dos diplomas nos casos de conflito, e sim uma conjugação destes, em que chamou de *diálogo das fontes*.

No Brasil a grande defensora é a professora Cláudia Lima Marques, que defende a aplicação do diálogo das fontes no direito do consumidor.

4.6.1 DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COERÊNCIA

Significa a aplicação simultânea de duas leis, sendo que uma serve de base conceitual para a outra. Nas relações de consumo, entende a autora, que o CC é a base conceitual do CDC. Deste modo, não se pode falar que o CDC limita ou rejeita a aplicação do CC, de forma que se tivermos uma norma no CC mais benéfica que a do CDC, está devera ser aplicada.

4.6.2 DIÁLOGO SISTEMÁTICO DE COMPLEMENTARIEDADE OU SUBSIDIARIEDADE

Aqui se fala em aplicação das leis de forma coordenada; uma complementando a aplicação da outra ou sendo aplicada de forma subsidiária.

4.6.3 DIÁLOGO DAS INFLUÊNCIAS RECÍPROCAS

O sistema geral influencia o especial e vice-versa. Assim, o CDC influencia o CC e o CC influencia o CDC, na defesa do consumidor. Na prática a jurisprudência muito raramente faz essa interpretação para defender o consumidor.

No artigo 127 do CDC se fala em 5 anos para reparação do consumidor por fato do produto ou serviço, mas no caso de seguro, caso a seguradora não pague, o STJ entende que o prazo é de 1 ano, prescrição do CC, caso em que se aplica uma regra do CC em prejuízo do consumidor.

5 QUEM É O CONSUMIDOR QUE QUIS TRATAR O CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR VIGENTE NO BRASIL?

5.1 CONSUMIDOR

Os consumidores fazem parte de uma grupo social que precisa de uma atenção diferenciada, isto é, com garantias e tutelas peculiares que protejam a sua situação de vulnerabilidade.

Tal necessidade é uma das pedras de toque da problemática que envolve a apropriada identificação das características que envolvem uma relação de consumo, bem como, de quem efetivamente é esse consumidor que necessita de proteção.

5.1.1 CONCEITO

O Código de Defesa do Consumidor traz quatro conceitos de consumidor: artigo 2º caput e parágrafo único do mesmo artigo; artigo 17 e artigo 29; os dois primeiros conceitos (se complementam e se inter-relacionam) são os determinantes para a verificação da relação de consumo. *In verbis*:

“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.”

Sobre o dispositivo acima, Filomeno assevera que a definição legal foi elaborada:

“[...] levando-se em conta tão somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento

de uma necessidade própria não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial (2001, p. 26 e 27).”

O art. 2.º do Código de Defesa do Consumidor define consumidor como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. De modo geral, os bens podem ser divididos entre, bens de produção e bens de consumo, conforme conceito econômico. Os bens de produção, também chamados bens de capital, destinam-se a produzir outros bens, através da sua transformação. Os bens de consumo são os destinados à satisfação de uma necessidade imediata, a qual via de regra, exaure o próprio bem, eliminando-lhe a substância. Este é o conceito de bens consumíveis que aparece no art. 51 do CC, o qual, todavia, não serve ao Código de Defesa do Consumidor, que adotou conceito mais amplo, como se verá adiante.

De qualquer sorte, essa noção elementar que distingue entre bens de capital e de consumo, permite isolar o conceito das relações de consumo quanto ao seu objeto. São relações de consumo apenas aquelas que envolvem bens ou produtos entregues ao seu destinatário final.

O mesmo conceito serve para os serviços, também abrangidos nas relações de consumo. A nota dominante nas relações de consumo não é jurídica, trata-se, basicamente, de uma relação de fato. A aquisição é tomada em sentido amplo, não importando o pressuposto de capacidade jurídica. Naturalmente, estão sob o pálio legal as relações contratuais fáticas, como o uso de transporte coletivo, ainda que não se cogite de declaração de vontade. Assim também os atos existenciais, ¹ assim entendidas aquelas relações que decorrem do mero contato social ² e que explicam a validade, *v. g.*, da aquisição de frutas feita por um menor na feira, embora não se possa cogitar de negócio jurídico, por ausência de capacidade, mas de simples ato-fato. ³ O dado fático está mais nítido no conceito extensivo de consumidor, que protege os utentes. Não há entre eles e o fornecedor nenhum vínculo direto, nem mesmo relação contratual fática ou contrato social.

¹ Conforme terminologia de Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, Bushatsky, 1976.

² Conforme terminologia de Karl Larenz, Mário Júlio Almeida Costa ("Aspectos modernos do direito das obrigações", in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, diversos autores, São Paulo, Ed. RT, 1980) prefere "contato social típico".

³ Em sentido precisamente contrário, Verena Nygaard, "A categoria jurídica dos atos existenciais", *Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, 1973, pp. 4-53. Os atos existenciais são tidos como negócio jurídico com base no princípio da proteção à confiança.

Todavia, eles estão protegidos na hipótese de um acidente de consumo. A disposição geral inserida no art. 2.º é confirmada no art. 17, que trata de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço. Também o art. 29 corrobora o conceito ampliativo de consumidor, como tal considerando todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais, aí compreendida a publicidade.

Duas correntes surgiram para definir o termo “consumidor”:

1) Corrente Finalista ou Subjetiva ou Minimalista – aquele que adquire o produto ou serviço para consumo próprio ou de sua família. Para essa corrente, consumidor é o destinatário fático e econômico do produto ou serviço. Não pode ser o empresário, pessoa jurídica, que, por exemplo, compra uma máquina para a fabricação de seus produtos. A empresa deverá resolver o problema com seu fornecedor pelas vias da legislação civil, jamais se utilizando da legislação do consumidor porque esta sempre integra a cadeia produtiva ao adquirir um produto. Abaixo seguem alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para análise e compreensão de como a jurisprudência tem tratado os processos que envolvem a teoria finalista pura:

STJ. TERCEIRA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1386938. REL. MIN. SIDNEI BENETI. DJE DATA: 06/11/2013 EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. REDUÇÃO DA MULTA MORATÓRIA. DESCABIMENTO. 1.- **O critério adotado para determinação da condição de consumidora da pessoa jurídica é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a pessoa jurídica deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.** 2.- Na hipótese, o Acórdão recorrido, examinando o contrato firmado pelas partes, conclui que a Cédula de Crédito Comercial teve por finalidade o fomento da atividade empresarial do recorrente. Conseqüentemente, a ele não se aplicam os ditames contidos no art. 52, § 1º da Lei consumerista. 3.- **Não havendo relação de consumo entre as partes, não cabe a redução da multa moratória com fundamento no Código de Defesa do Consumidor.** 4.- Agravo Regimental improvido. (BRASIL, 2013, p. 1) (grifo nosso)

STJ. TERCEIRA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 1358231. REL. MIN. NANCY ANDRIGHI. DJE DATA: 17/06/2013. EMENTA: DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS. ATRASO. CDC. AFASTAMENTO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. APLICAÇÃO. 1. **A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que 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.** 2. **Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo 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 pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. Em situações excepcionais, todavia, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista, para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. 4. Na hipótese em análise, percebe-se que, pelo panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da recorrida, de modo que a aplicação do CDC deve ser afastada, devendo ser preservada a aplicação da teoria finalista na relação jurídica estabelecida entre as partes. 5. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2013, p.1) (grifo nosso)

STJ. TERCEIRA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 245697. REL. MIN. SIDNEI BENETI. DJE DATA:07/06/2013. EMENTA: APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO PARA USO DE SOFTWARE DE VENDAS ON LINE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE. 1.- Quanto à aplicação do CDC, conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. 2.- No caso dos autos, em que pessoa jurídica contrata uso de software de vendas on line, não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que o programa teve o propósito de fomento da atividade empresarial exercida, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes. 3.- Agravo Regimental improvido. (BRASIL, 2013. P. 1)

STJ. TERCEIRA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1193293. REL. MIN. SIDNEI BENETI. DJE DATA:11/12/2012. EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE FRANQUIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. 1.- Conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. 2.- No caso dos autos, em que se discute a validade das cláusulas de dois contratos de financiamento em moeda estrangeira visando viabilizar a franquia para exploração de Restaurante "Mc Donald's", o primeiro no valor de US\$ 368.000,00 (trezentos e sessenta e oito mil dólares) e o segundo de US\$ 87.570,00 (oitenta e sete mil, quinhentos e setenta dólares), não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que os empréstimos tomados tiveram o propósito de fomento da atividade empresarial exercida pelo recorrente, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes. 3.- Agravo Regimental improvido. (BRASIL, 2012, p. 1)

STJ. TERCEIRA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 1173 060. REL. MIN. NANCY ANDRIGHI. DJE DATA: 25/10/2012. EMENTA: DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. CLÍNICA DE ONCOLOGIA. COMPRA DE MÁQUINA RECONDICIONADA, DE VENDEDOR ESTRANGEIRO, MEDIANTE CONTATO FEITO COM REPRESENTANTE COMERCIAL, NO

BRASIL. PAGAMENTO DE PARTE DO PREÇO MEDIANTE REMESSA AO EXTERIOR, E DE PARTE MEDIANTE DEPÓSITO AO REPRESENTANTE COMERCIAL. POSTERIOR FALÊNCIA DA EMPRESA ESTRANGEIRA. CONSEQUÊNCIAS. APLICAÇÃO DO CDC. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DO PREÇO TOTAL PELO REPRESENTANTE COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DA PARCELA DO PREÇO NÃO TRANSFERIDA AO EXTERIOR. POSSIBILIDADE. APURAÇÃO. LIQUIDAÇÃO. 1. A relação jurídica entre clínica de oncologia que compra equipamento para prestar serviços de tratamento ao câncer, e representante comercial que vende esses mesmos equipamentos, não é de consumo, dada a adoção da teoria finalista acerca da definição das relações de consumo, no julgamento do REsp 541.867/BA (Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 16/5/2005). 2. Há precedentes nesta Corte mitigando a teoria finalista nas hipóteses em que haja elementos que indiquem a presença de situações de clara vulnerabilidade de uma das partes, o que não ocorre na situação concreta. 3. Pela legislação de regência, o representante comercial age por conta e risco do representando, não figurando, pessoalmente, como vendedor nos negócios que intermedia. Tendo isso em vista, não se pode imputar a ele a responsabilidade pela não conclusão da venda decorrente da falência da sociedade estrangeira a quem ele representa. 4. Não tendo sido possível concluir a entrega da mercadoria, contudo, por força de evento externo pelo qual nenhuma das partes responde, é lícito que seja resolvida a avença, com a devolução, pelo representante, de todos os valores por ele recebidos diretamente, salvo os que tiverem sido repassados à sociedade estrangeira, por regulares operações contabilmente demonstradas. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, 2012, p. 1)

Nos julgados acima, entendeu o STJ que a pessoa jurídica pode ser considerada consumidora, desde que não se qualifique como a usuária final do bem ou serviço. Adotou, porém, a teoria finalista, considerando que o “destinatário final” é o que efetivamente faz uso do bem ou serviço no sentido econômico. Sob essa ótica, a expressão “destinatário final” se caracteriza pelo consumidor fático e econômico do serviço ou produto, o que exclui os consumidores intermediários. No entanto, o que se observa é que o Tribunal em questão tem, com frequência, mitigado a teoria finalista pura, dando origem a teoria maximalista. O STJ adota a corrente finalista, porém de forma atenuada. Pessoa jurídica pode ser considerada consumidora desde que comprovada a sua vulnerabilidade. Ex: Empresário Individual Micro Empreendedor, Empresa de Pequeno Porte, profissional liberal, autônomo.

Corrente Maximalista – aquele que retira o produto ou serviço do mercado de consumo. É o destinatário fático do produto, o que é suficiente por si só. Essa corrente fornece um conceito amplo de consumidor, englobando pessoa jurídica que adquira produto que não seja para revenda, pouco importando se irá integrar a cadeia produtiva.

Em alguns momentos o STJ adotou também essa teoria, o caso abaixo ilustra essa situação:

STJ. TERCEIRA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 445854. REL. MIN. CASTRO FILHO. DJ DATA: 19/12/2003 EMENTA: CONTRATOS BANCÁRIOS – CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO PARA COMPRA DE COLHEITADEIRA – AGRICULTOR – DESTINATÁRIO FINAL – INCIDÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO – CAPTAÇÃO DE RECURSOS – MATÉRIA DE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA. I – **O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.** II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços. III – Afirmado pelo acórdão recorrido que não ficou provada a captação de recursos externos, rever esse entendimento encontra óbice no enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte. IV – Ausente o prequestionamento da questão federal suscitada, é inviável o recurso especial (Súmulas 282 e 356/STF). Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia. (BRASIL, 2003, p.1)(grifo nosso)

STJ. QUARTA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 142042. REL. MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR. DJ DATA: 11/11/1997 EMENTA: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Incidência. Responsabilidade do fornecedor. É de consumo a relação entre o vendedor de máquina agrícola e a compradora que a destina á sua atividade no campo. Pelo vício de qualidade no produto respondem solidariamente o fabricante e o revendedor (art. 18 do CDC). (BRASIL, 1997, p.1)

A depender do caso concreto, os entes despersonalizados podem ser consumidores, se preencherem os demais requisitos, o texto de lei não afasta de plano a possibilidade de enquadramento dos entes despersonalizados como consumidores.

O parágrafo único complementa o “*caput*”, porque traz a tutela do consumidor, não somente aos interesses individuais, também aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Existe uma amplitude na conceituação de consumidor, ao determinar que mesmo pessoas indetermináveis possam ser participantes de uma relação de consumo. Como por exemplo, o consumidor individual (banca de jornal) e coletividade consumidora: difuso (vedação de propaganda enganosa).

Assim, por exemplo, o STJ já julgou casos semelhantes, segundo Oliveira:

“o Superior Tribunal de Justiça já oscilou entre todos os posicionamentos doutrinários nos últimos anos, mas ultimamente tem prevalecido o

entendimento de que a pessoa jurídica, para ser considerada consumidora, deve demonstrar a vulnerabilidade no caso concreto” (2010).

Vale menção, também, aos exemplos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos quais alguma vulnerabilidade fática de quem não é destinatário final autorizaria, supostamente, a caracterização de tal pessoa como consumidor.

Segundo restou firmado na ementa do acórdão prolatado em um recurso especial no qual figurou como relator o Ministro Ari Pargendler. Segue abaixo as palavras do relator:

“A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação.”

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encontra como era de se esperar, reflexo nas decisões prolatadas pelos tribunais estaduais de apelação.

Pode-se citar como exemplo, a ementa de acórdão prolatado em autos de embargos de declaração opostos contra decisão anteriormente proferida em um recurso de agravo de instrumento, relatado pelo Desembargador Mário Helton Jorge, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“A doutrina e a jurisprudência, por isso, vêm ampliando a compreensão da expressão “destinatário final” para aqueles que enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade. Nessa linha, uma pessoa jurídica de vulto que explore a prestação de serviços de transporte tem condições de reger seus negócios com os fornecedores de caminhões pelas regras do Código Civil. “Já o pequeno caminhoneiro, que dirige o único caminhão para prestar serviços que lhe possibilitarão sua manutenção e a da família deve ter uma proteção especial, aquela proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor.”⁴

Existe uma dilação do conceito no texto do artigo 17. São os CONSUMIDORES EQUIPARADOS (*BY STANDER*), ou seja, o *by stander* posto não seja exatamente consumidor direto, é equiparado ao mesmo, pelo artigo 17 do CDC.

⁴ ANTUNES, Thiago Carvesan. Apontamentos sobre a definição legal de consumidor e a jurisprudência contemporânea disponível em :<http://jus.com.br/artigos/24358/apontamentos-sobre-a-definicao-legal-de-consumidor-e-a-jurisprudencia-contemporanea#ixzz3sHSd5hIS>

A jurisprudência reconhece esse entendimento. A exemplo do *office boy* que está atuando em nome do patrão que é o verdadeiro consumidor, mas está equiparado como vítima; a criança estrangulada no vidro da janela do carro, o seu pai é o consumidor, mas ela é equiparada; o pai que compra uma televisão, que explode e fere algum de sua família.

Assim Leciona o CDC em seu art. 17: Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam se aos consumidores todas as vitimas do evento.

Outra hipótese de ampliação está no artigo 29 (para o tema das PRÁTICAS COMERCIAIS e CONTRATOS):

“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. “

Destaca se que sempre está localizada a relação de consumo tendo como pressuposto a desigualdade das relações jurídicas.

Esse artigo 29 se tornou plenamente dispensável, tendo em vista que o Código Civil trouxe várias mudanças na matéria de contratos, dando relevância para função social das relações contratuais.

5.2 REQUISITOS

Para que exista a relação de consumo para assim se definir que é o consumidor os requisitos seguintes devem estar presentes concomitantemente

Requisito subjetivo: não existe nenhuma limitação, de qualquer tipo de interesse: individual, coletivo e difuso, ou seja, coletividade de pessoas ainda que indetermináveis. Individualmente qualquer pessoa pode ser consumidor (física, jurídica, pública e privada). O Estado pode ser consumidor.

Requisito objetivo: somente é consumidor quem adquire PRODUTO ou SERVIÇO. Produtos (artigo 3º, §1º) são os bens móveis ou imóveis, materiais ou imateriais⁵; mas, somente há produto se houver onerosidade, a movimentação econômica (circulação de riqueza); não existe produto de graça. EXEMPLO: xampu de amostra

⁵ Criações intelectuais – receitas culinárias (não publicadas) e obras não publicadas.

grátis não é produto, por falta de onerosidade, problemas relacionados a ela serão tratados pelo CDC como publicidade.

Serviços (artigo 3º, § 2º) quaisquer atividades oferecidas no mercado de consumo, mediante remuneração, excetuadas as de natureza trabalhistas (relação de emprego – CLT). Somente há serviço se houver contraprestação, não há serviço de graça para o CDC. O dispositivo é redundante quando reforça as atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, que já estariam englobadas pelo conceito geral; mas, a repetição é proposital para evitar-se qualquer dúvida de interpretação sobre a submissão desses serviços às regras do CDC.

Os serviços públicos também sujeitam-se ao CDC, existem 03 dispositivos que concluem essa afirmação:

Artigo 4º, VII do CDC, afirma que um dos objetivos da política nacional das relações de consumo é a melhoria da prestação dos serviços públicos.

Artigo 6º, X do CDC, diz que é direito do consumidor a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos.

O artigo 22 do CDC diz como devem ser prestados os serviços públicos:

“Artigo 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

Parágrafo único. “Nos casos de descumprimento, total ou parcial das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”

É importante destacar que não é qualquer serviço público que se submete ao CDC. Os serviços “*uti universi*” (usuários não podem ser individualmente identificados custeados por tributos gerais, educação, segurança) não se submetem ao CDC. Os serviços públicos “*uti singuli*” (usuários podem ser individualmente identificados e são remunerados por tarifa ou preço público, água, luz, transporte, pedágio) se submetem ao CDC. Sociedades de economia mista e empresas públicas que prestem serviço remunerado ao consumidor são fornecedoras.

Desse modo, o Poder público pode ser classificado como fornecedor sempre que atuar no mercado de consumo, prestando serviços por si ou através de seus concessionários. Serviços esses prestados mediante preço cobrado. O julgado seguinte, exemplifica situação em que a administração indireta presta serviço de consumo:

BRASIL, TRF-5 - Apelação Cível. Disponível em: <http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/606786/apelacao-civel-ac-335918-pb-20038200001720-5> acessado em 05 NOV de 2014: AC 335918 PB 2003.82.00.001720-5. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. EMPRESA PÚBLICA. APLICAÇÃO DE MULTA. RELAÇÃO CONSUMEIRISTA. INCIDÊNCIA DO [CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR](#) - LEI N.º [8.078/90](#). COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO ADMINISTRATIVO ESTADUAL - PROCON. – Trata-se de Ação Ordinária, cuja pretensão consiste em obter a anulação da decisão administrativa, conferida pelo Programa Estadual de Orientação e Proteção do Consumidor da Paraíba - PROCON-PB, o qual aplicou multa à CAIXA por violações ao artigo [39, IX](#), da Lei n.º [8.078/90 \(CDC\)](#), c/c o artigo [13, XXIII](#) do Decreto n.º [2.181/97](#). – Consoante o artigo [3º](#) do [CDC](#), pessoa jurídica pública pode se enquadrar na definição de fornecedor. – A imposição de multa decorre da responsabilidade da Caixa Econômica Federal pela prática de infração prevista no [CDC](#), qual seja, atitude abusiva em negar prestação de serviço ao consumidor, conforme preleciona a redação do artigo [39, IX](#), do [CDC](#). – A Caixa Econômica Federal não está isenta de responder a processo administrativo em um órgão de defesa do consumidor, de natureza estadual, municipal ou federal. – A competência dos órgãos estaduais, caso do PROCON, responsáveis pela fiscalização das relações consumeristas resulta do poder de polícia. – A multa fixada pelo PROCON em 5.000 (cinco mil) UFIRs apresenta-se razoável ao dano causado à consumidora e assume, mormente, função de coibir a continuidade de tais atos abusivos, em conformidade ao princípio da proporcionalidade, motivo pelo qual não merece reparo. – Permite-se ao PROCON-PB que inscreva a Caixa Econômica Federal no Cadastro Nacional de Maus Fornecedores e Prestadores de Serviços, tendo em vista o processo administrativo n.º 2003/1998. – Precedentes: TRF 5ª Região, Apelação Cível n.º 408651/PB, Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, Segunda Turma, unânime, julgada em 06.11.2007, DJ de 17.12.2007; TRF 5ª Região, Apelação Cível n.º 418458/RN, Relatora Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Quarta Turma, unânime, julgada em 17.07.2007, DJ de 08.08.2007; TRF 5ª Região, Apelação Cível n.º 394294/AL, Relator Desembargador Federal Barros Dias (convocado), Quarta Turma, unânime, julgada em 31.10.2006, DJ de 14.12.2006; TRF 5ª Região, Apelação Cível n.º 338940/AL, Relator Desembargador Federal Barros Dias (convocado), Quarta Turma, unânime, julgada em 17.10.2006, DJ de 29.11.2006; TRF 5ª Região, Agravo de Instrumento n.º 52722/AL, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, Segunda Turma, unânime, julgado em 20.04.2004, DJ de 19.05.2004. – Inversão dos ônus sucumbenciais, arbitrados os honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, equivalentes a R\$ 1.000,00 (um mil reais), valor histórico em 2003. Apelação e remessa obrigatória providas.

Sobre o tema, conceito de consumidor, leciona GIANCOLI, Brunno Pandori. ARAUJO JÚNIO, Marco Antônio:

O consumidor foi identificado inicialmente na Constituição Federal (art. 48 do ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma especial. Já no CDC ele é definido, no caput do art. 2.º, como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A definição trazida no caput do art. 2.º do CDC é a do chamado consumidor standard, stricto sensu ou negocial. Todavia, a legislação consumerista também é aplicável a terceiros que não são propriamente sujeitos de um negócio jurídico, mas foram equiparados a consumidores para efeitos de tutela legal, por força das disposições contidas no parágrafo

único do art. 2.º e nos arts. 17 e 29. Tais dispositivos funcionam como verdadeiras normas de extensão do campo de incidência originário do CDC, dando origem aos chamados consumidores por equiparação, a saber:

a) a coletividade: o art. 2.º, parágrafo único, equipara consumidor à "coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo". Este dispositivo afirma o caráter difuso do direito do consumidor;

b) vítima de acidente de consumo: no capítulo referente à responsabilidade civil pelo fato do produto e do serviço, prevê o art. 17 a equiparação a consumidores de todas as vítimas do evento. A finalidade desse dispositivo é dar a maior amplitude possível à responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Sobre o assunto, o STJ já se manifestou, afirmando que a relação de consumo se caracteriza, na hipótese de acidente com uma "aeronave que caiu sobre a casa das vítimas e realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica". Em decorrência do art. 17 do CDC, "cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor" (REsp 540.235/TC), 3.a T., j. 07.02.2006, rei. Min. Castro Filho, DJ 06.03.2006, p. 372);

c) pessoas expostas às práticas comerciais e à disciplina contratual: o art. 29 do CDC possui uma abrangência subjetiva bem mais extensa e ampla, bastando a simples exposição do consumidor às práticas comerciais ou à disciplina contratual. Prescinde-se, pois, da efetiva participação da pessoa na relação de consumo ou de ter sido atingida pelo evento danoso. A exposição, por si só, é suficiente. O exemplo mais claro de aplicação deste dispositivo é a hipótese em que o fornecedor veicula publicidade enganosa. No caso em espécie, não se faz necessário que o consumidor adquira o produto ou serviço ou tenha danos efetivos, bastando, tão somente, que haja a veiculação da publicidade enganosa para a configuração da relação de consumo e a consequente aplicação das penalidades previstas no CDC.

Conceitos doutrinários do consumidor

Conceituar o consumidor não é uma tarefa fácil, tendo em vista as várias conotações que esta expressão pode alcançar (jurídica, política, econômica, psicológica etc.). João Batista de Almeida, ao discorrer sobre o tema afirma que a doutrina consumerista possui uma certa tendência em aceitar um matiz econômico para definir o consumidor (Manual de direito do consumidor, p.36). Sob este prisma José Geraldo de Brito Filomeno afirma que o consumidor é "todo indivíduo que se faz destinatário da produção de bens, seja ele ou não adquirente, e seja ou não, a seu turno, também produtor de outros bens" (Curadoria de proteção do consumidor, p. 12). Outros autores, a exemplo de Waldirio Bulgarelli, Fábio Konder Comparato, Othon Sidou e Antônio Flerman de V. e Benjamin procuram traçar um conceito jurídico de consumidor. O mais satisfatório é o proposto por Antônio Herman, o qual afirma que o consumidor é "todo aquele que, para o seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informações colocados à sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais" (O conceito jurídico de consumidor, p. 78).

A indeterminação ou indeterminabilidade dos consumidores é uma das pedras angulares do Código, posto que só se compreende a defesa dos consumidores a partir da massificação da sociedade e da consequente potencialização dos danos. Esta é a nota do parágrafo único do art. 2.º do CDC, que

introduz a coletividade como sujeito de tutela, quebrando o individualismo jurídico e ensejando o erguimento do sistema processual das ações coletivas (tít. III, "Da defesa do consumidor em juízo", arts. 81 e ss.). Consumidores, a teor do Código, também são pessoas jurídicas. Neste passo, o conceito torna-se polêmico.

Colimando restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, o direito do consumidor deve atuar onde exista desequilíbrio, porque lhe é inerente o aspecto corretivo. Foram à industrialização e a produção em série que determinaram o fenômeno da massificação, deixando desprotegido o consumidor individual diante dos grandes complexos empresariais, constituídos sob a forma de pessoas jurídicas.

A relação clássica de consumo que inspirou o surgimento de direitos próprios do consumidor é composta, de um lado, por uma pessoa jurídica, poderosa e impositiva e, no outro polo, por uma pessoa física, submetida àquela pelo seu grau de necessidade. Era esse o arquétipo que estava subjacente ao discurso de Kennedy, o qual, no entanto, emitiu um conceito objetivo de consumidor ao dizer que, de uma forma ou de outra, "consumidores somos todos nós".⁶

Esse mesmo objetivismo inspirou o legislador brasileiro na formulação da norma do art. 2.º. Certamente, quem quer que adquira um produto como destinatário final realiza, em princípio, ato de consumo, mas a realidade demonstra que, frequentemente, o adquirente é economicamente mais poderoso do que o fornecedor. Uma grande empresa que adquirir alfaces de um pequeno agricultor para o refeitório dos seus operários realizará ato de consumo. Ninguém duvida, entretanto, que nessa relação será o adquirente quem ditará as condições do negócio.

A hipossuficiência está implícita na ideia de proteção ao consumidor. Por isso, o conceito mais apropriado, é o de Jean Calais-Auloy, que tem como ato de consumo aquele que visa à satisfação de uma necessidade pessoal ou familiar.⁷

Para obviar situações equívocas, muitas legislações adotam critérios como limitar o valor das transações protegidas ou excluir da proteção legal as pessoas jurídicas, ao menos as de fim lucrativo.⁸

⁶ Mensagem do Presidente John Kennedy ao Congresso norte-americano, em 1962, sobre o estado da União, tida como o marco inicial da política de proteção sistemática ao consumidor.

⁷ Jean Calais-Auloy, *Droit de la Consommation*, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1986, p. 1.

⁸ V. amplo estudo comparativo em Antônio Herman Benjamin, "O conceito jurídico de consumidor", RT 628/69 (DTR\1988\232) .

A proteção irrestrita da lei brasileira já vem suscitando debates. Cogita-se da possibilidade de ser reduzido o seu campo de aplicação, por exegese do inc. I do art. 4.º. Ali se diz que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo é um dos princípios da Política Nacional de Relações de Consumo. Trata-se de um pressuposto justificador da atuação governamental em favor do consumidor. Pretender transformá-lo em cláusula geral esbarra em dois óbices: a sua topologia e a interpretação restritiva que se lhe daria. Colocado no título "Dos direitos do consumidor" e em capítulo que trata de diretrizes administrativas, o dispositivo não parece adequado a servir de fator limitativo na interpretação judicial.

Pode ser lembrada, entretanto, como critério interpretativo, a doutrina do tipo, muito bem exposta por Larenz.⁹ O tipo constitui um método de pensamento adotado em diversas ciências. No Direito, pode apresentar-se como instrumento de descrição de elementos fáticos contidos numa norma jurídica (os tipos penais) ou como critério de interpretação. Segundo uma classificação de Engisch,¹⁰ os tipos se dividem em tipos médios ou de frequência (modos de comportamento típicos quanto a pessoas ou quanto ao tempo, como chover habitualmente em determinada região) e em tipos globais ou de figuras (relacionam-se a uma imagem, como uma montanha de altitude média). O tipo médio ou de frequência origina um tipo ideal normativo (o pai de família. O homem de Estado), enquanto que ao tipo global ou de figura corresponde o tipo empírico (democracia parlamentar, economia de mercado). O primeiro é critério de valor; o segundo, preferencialmente, um modelo de construção teórica. O comportamento típico dos sujeitos que participam do comércio jurídico é um tipo médio ou de frequência. Essa tipicidade é que poderá especializar uma dada relação jurídica como de consumo. Ora, é típico nas relações de consumo, especialmente nas contratuais, que o fornecedor dite as condições do contrato para o consumidor, sendo aquele economicamente mais poderoso do que este. Este é o tipo jurídico estrutural das relações de consumo, retirado das relações de fato e apenas "decalcados", usando a expressão de Larenz,¹¹ pelo legislador. Mas pode ocorrer que o legislador faça um desvio do tipo normal, o que, por critério

⁹ Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, pp.520 e ss.

¹⁰ *Apud* Larenz, ob. cit., p. 522

¹¹ Larenz, ob. cit., p. 531.

interpretativo fundamentado na teoria dos tipos, pode levar à exclusão da aplicação de certas normas dispositivas. Parece que este é o caso da inclusão das pessoas jurídicas, indistintamente, na categoria de consumidor. Melhor teria sido que a norma permanecesse mais aberta, definindo como consumidor "quem adquira ou utilize produto ou serviço como destinatário final". Uma redação desse estilo permitiria uma integração interpretativa para compreender na definição uma pessoa jurídica toda vez que ela participasse de uma relação de consumo típica na qualidade de consumidora. Todavia, tendo a opção legislativa sido exercida no sentido de um conceito rígido, e interpretação terá que ser restritiva para evitar deturpações na aplicação da lei. Não se incluem na classificação de serviços, para efeitos do Código de Defesa do Consumidor, os prestados em decorrência de relações trabalhistas. Não poderia ser de outra forma, posto que essas relações já são regidas por direito especial. Ademais, como observa Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, nas relações trabalhistas pertencem ao empregador os riscos das atividades desenvolvidas pelos empregados.¹²

Posto isso, verifica-se que a legislação não trouxe de forma clara quem é o consumidor, deixando assim lacunas preenchidas pela doutrina e pela jurisprudência. Destaca-se então a necessidade de se criar uma legislação mais rigorosa e eficaz, que mostre de forma clara a quem ela defende, e em que casos ela pode ser buscada. E não bastante isto, que haja do Estado um controle efetivo, para que esses direitos sejam respeitados e cumpridos.

¹² Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, *Comentários ao Código do Consumidor*, Rio, AIDE, 1991, p. 26.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia visa demonstrar, que as relações de consumo sofreram grandes evoluções nos últimos tempos, especialmente após a origem do processo de industrialização, ocasião a qual o fornecedor passou a ser possuidor de um grande poderio econômico e deter os conhecimentos técnicos científicos dos produtos e serviços, visto que estes cada vez se tornavam mais complexos, fazendo, dessa forma, com que o consumidor passasse a ser a parte mais fragilizada da relação, pois não era dotado de tais características. Entretanto com o citado processo de industrialização, veio à produção em massa dos produtos, o que aumentou consideravelmente os vícios e defeitos que eles apresentavam, se tornando, portanto, inadequados para o consumo.

O Estado ao verificar que o consumidor era a parte mais hipossuficiente da relação de consumo e não conseguia lograr êxito nas suas reclamações, chegou se à conclusão de que como os institutos trazidos pelo Código Civil eram falhos para defesa do consumidor, tendo em vista que este não detinha conhecimento técnico científicos para comprovar os defeitos e vícios dos produtos, a que estava vulnerável, pois lhe faltavam conhecimentos jurídicos específicos e, ainda, que o fornecedor impunha sua superioridade a todos que com ele contratavam. Assim, foi criada uma tutela especial para o consumidor que visava o equilíbrio das relações de consumo. Para dar efetividade a esta tutela, foi criada no Brasil, a Lei 8.078/90 na qual restou determinado, que o fornecedor seria responsabilizado objetivamente, ou seja, sem a comprovação de culpa, diferentemente do instituto trazido pelo Código Civil, que previa, via de regra, a responsabilização subjetiva, ou seja, aquela que depende da comprovação de culpa. Na prática, esta medida, teve bastante eficácia, pois além do fato do consumidor não precisar mais comprovar a culpa do fornecedor, pois bastava comprovar o dano e o nexo de causalidade, este último foi obrigado manter um dever de qualidade muito maior, pois não poderia mais impor sua superioridade aquele.

Porém mesmo com o advento desse moderno instituto legal, o mesmo não trouxe de forma clara quem é o consumidor. Sendo assim, o objetivo do presente estudo foi demonstrar a evolução do direito do consumidor bem como os

direitos e princípios que tutelam as relações de consumo e mostrar quem é o consumidor, com a finalidade de incentivar ainda mais os estudos acerca da matéria e dos tópicos aqui questionados, com o intento de se ter um equilíbrio maior nas relações entre fornecedores e seus consumidores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: Outubro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: Outubro de 2015.

BRASIL. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990**. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: Outubro de 2015.

GIANCOLI, Brunno Pandori. ARAUJO JÚNIO, Marco Antônio. **Difusos e Coletivos Direito do Consumidor** - 3ª Edição- RT 2012

GUGLINSKI, Vitor Vilela. **Síntese Histórica do Direito do Consumidor**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 22 Set. 2008. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-doconsumidor/737. Acesso em: 01 Nov. 2015

Nunes, Luis Antonio Rizzatto **Curso de direito do consumidor** / Rizzatto Nunes. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

Nunes, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor** / Rizzatto Nunes. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2013.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor | vol. 1** | p. 63 | Abr / 2011DTR\1991\85

Almeida, Fabrício Bolzan **Direito do consumidor esquematizado** / Fabrício Bolzan de Almeida. – São Paulo: Saraiva, 2013

Tartuce, Flávio. **Manual de direito do consumidor : direito material e processual** / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves.– 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2014.

SOUZA, Déborah Barreto **O Art. 2º do Código de Defesa do Consumidor e as regras de hermenêutica jurídica**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 78, jul 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8084>. Acesso em nov 2015.

ELIAS, Jessica FIORI. Mônica de Oliveira Silva. **Responsabilidade pelo Vício do Produto e do Serviço no Código de Defesa do Consumidor** Disponível em http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol14_n2_2015/1.responsabilidade_pelo_vicio_produto_servico.pdf Acesso em Outubro de 2015.

SILVA, Marcus. **Direito do Consumidor**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3396 Acesso Novembro de 2015

DENSA, Roberta. **Direito Do Consumidor**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual De Direito Do Consumidor**. 6. Ed. revista e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

TARTUCE, Flavio e NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual De Direito do Consumidor**. 2. Ed. revista, atual. e ampl. São Paulo: Editora Gen/Metodo, 2013.

Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de CURIA, Luiz Roberto, CESPEDES, LIVIA e NICOLETTI, Juliana. **Vade Mecum Saraiva**. 17. Ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANTUNES, Thiago Caversan. Consumidor: definição legal na jurisprudência atual. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3594, 4 maio 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24358>>. Acesso em: 22 nov. 2015.

DOLZANE,Harley Farias. **Serviço público adequado e a controvérsia sobre a possibilidade de interrupção na prestação dos serviços públicos essenciais á luz do CDC e da Lei nº 8. 987/95**. Disponível em http://www.gespublica.gov.br/Tecnologias/copy_of_pasta.2010-04-26.8934490474/servico_publico%208987.pdf Acesso em Novembro 2015.

ANTUNES, Thiago Carvesan. **Apontamentos sobre a definição legal de consumidor e a jurisprudência contemporânea** disponível em :<http://jus.com.br/artigos/24358/apontamentos-sobre-a-definicao-legal-de-consumidor-e-a-jurisprudencia-contemporanea#ixzz3sHSd5hIS> Acesso em Novembro de 2015