



Preencha a **ficha de cadastro** no final deste livro e receba gratuitamente informações sobre os lançamentos e promoções da Elsevier.

Consulte também nosso catálogo completo, últimos lançamentos e serviços exclusivos no site [www.elsevier.com.br](http://www.elsevier.com.br)

MARIA EUGÊNIA REIS FINKELSTEIN  
FERNANDO SACCO NETO

MANUAL DE

# DIREITO DO CONSUMIDOR

Fechamento desta edição: 14 de maio de 2010



VENDA PROIBIDA



© 2010, Elsevier Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/02/1998.  
Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida,  
sejam quais forem os meios empregados: eletrônicos, mecânicos, fotográficos, gravação ou quaisquer outros.

Copidesque: Renato Mello Medeiros  
Revisão Gráfica: Marcelo Dias Almada  
Editoração Eletrônica: Tony Rodrigues

Elsevier Editora Ltda.  
Conhecimento sem Fronteiras  
Rua Sete de Setembro, 111 — 16º andar  
20050-006 — Rio de Janeiro — RJ  
Rua Quintana, 753 — 8º andar  
04569-011 — Brooklin — São Paulo — SP

Serviço de Atendimento ao Cliente  
0800 026 53 40  
sac@elsevier.com.br  
ISBN: 978-85-352-2395-8

**Nota:** Muito zelo e técnica foram empregados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de digitação,  
impressão ou dúvida conceitual. Em qualquer das hipóteses, solicitamos a comunicação à nossa Central de  
Atendimento, para que possamos esclarecer ou encaminhar a questão.  
Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoas ou bens,  
originados do uso desta publicação.

Cip-Brasil. Catalogação-na-fonte  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ

F535m  
Finkelstein, Maria Eugênia Reis, 1970 -  
Manual de direito do consumidor / Maria Eugênia Reis Finkelstein, Fernando  
Sacco Neto. - Rio de Janeiro : Elsevier, 2010.

Inclui bibliografia  
ISBN 978-85-352-2395-8

1. Brasil. [Código de defesa do consumidor (1990)]. 2. Defesa do consumidor  
- Brasil. I. Sacco Neto, Fernando, 1974-. II. Título.

10-1251.

CDU: 34:366.1(81)

---

Ao professor e amigo Sérgio Rizzi.  
F.S.N.

---

## Agradecimentos

---

SÃO inúmeras as pessoas que merecem a minha gratidão pelo término desta obra. Não tanto por terem me ajudado quanto por terem estado presentes em minha vida nos difíceis tempos em que a escrevi.

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer à minha editora e grande amiga Marisa Harms, por sua insistência, sem a qual eu, sem dúvida alguma, teria desistido. Agradeço também a minha querida Thereza Christina Nahas que sempre me incentiva com sua amizade.

Agradeço ao Prof. Fernando Sacco que, com tantos afazeres, encontrou tempo para escrever a parte processual e a correspondente às sanções administrativas em tempo recorde e com grande conhecimento.

Agradeço à minha mãe, Priscila Helena, pelas inspiradoras lições de coragem.

Agradeço especialmente ao meu marido Cláudio Finkelstein. Por tudo e, principalmente, por existir.

À minha filha Alexia agradeço por me ensinar a cada dia uma nova forma de ver o mundo e por ter a sorte de trilhar o meu caminho ao seu lado.

Por fim, agradeço a meu filho José Maurício, com as palavras: “quando faço feijão/sempe encontro um bicho papão/ ele rouba o meu coração/ e me dá um beijão”.

**Maria Eugênia Finkelstein**

Às colegas Thereza Nahas e Marisa Harms, meu agradecimento pelo gentil convite para participar deste trabalho. Sempre tive o desejo de escrever uma obra desta natureza, e concretizar essa tarefa – de especial responsabilidade – nos gratifica imensamente e nos estimula ainda mais a prosseguir com os estudos em torno de uma ciência tão bela como é o Direito do Consumidor.

Agradeço à Prof. Maria Eugênia Finkelstein, notável jurista, sentido-me honrado em compartilhar a autoria da presente publicação.

**Fernando Sacco Neto**

---

## Os autores

---

### **Maria Eugênia Reis Finkelstein**

Professora coordenadora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, doutora em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Societário da Fundação Getulio Vargas (SP). Professora de Direito do Consumidor da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado. Professora convidada do Instituto de Empresa de Madrid, Espanha. Advogada em São Paulo.

### **Fernando Sacco Neto**

Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Advogado em São Paulo/SP desde 1998. Professor nos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (COGEAE) e do Centro Universitário



Salesiano de São Paulo (UNISAL). Professor convidado da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Livro publicado: Cadastros de Proteção ao Crédito – Parte Geral, Editora GEN/Método.

---

## Sumário

---

### PARTE I DIREITOS DO CONSUMIDOR

Maria Eugênia Reis Finkelstein

Lista de abreviaturas .....	XVII
<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>3</b>
1.1. O Código de Defesa do Consumidor Brasileiro .....	4
1.2. O Código de Defesa do Consumidor e a realidade brasileira ...	5
<b>2. RELAÇÃO DE CONSUMO .....</b>	<b>7</b>
2.1. Partes e objeto da relação de consumo .....	7
2.2. Consumidor .....	8
2.2.1. Hipossuficiência .....	15
2.2.2. O Estado figurando como consumidor .....	17
2.3. Fornecedor .....	18
2.4. Objeto das relações de consumo .....	20
2.5. Relação de consumo: principiologia e direitos básicos do consumidor .....	23
2.5.1. Princípios do Código de Defesa do Consumidor .....	23
2.5.2. Princípio da Vulnerabilidade .....	24

2.5.3. Princípio da ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor .....	25
2.5.4. Princípio da harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores .....	25
2.5.5. Princípio da Educação e Informação .....	26
2.5.6. Princípio do controle de qualidade e mecanismos de atendimento pelas próprias empresas .....	26
2.5.7. Princípio da coibição e repressão de abusos .....	27
2.5.8. Princípio da Racionalização e Melhoria dos Serviços Públicos .....	28
2.6. Direitos básicos do consumidor .....	29
<b>3. QUALIDADE E SEGURANÇA DE PRODUTOS E SERVIÇOS .....</b>	<b>37</b>
<b>4. A RESPONSABILIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR .....</b>	<b>45</b>
4.1. Noções históricas .....	49
4.2. O dano e sua reparação integral .....	53
<b>5. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO OU SERVIÇO .....</b>	<b>57</b>
5.1. O defeito do produto .....	58
5.2. Teoria do Risco do Desenvolvimento .....	60
5.3. O fornecedor do produto .....	61
5.3.1. Fornecedor imediato .....	62
5.3.2. Fornecedor mediato .....	64
5.4. Responsabilidade pelo Fato do Serviço .....	65
5.4.1. Responsabilidade do profissional liberal .....	65
5.4.2. Exclusão da responsabilidade do fornecedor .....	66

<b>6. RESPONSABILIDADE PELO VÍCIO DO PRODUTO E DO SERVIÇO .....</b>	<b>69</b>
6.1. Vício do Produto .....	70
6.2. Responsável pelo vício do produto .....	73
6.3. Sanções para o vício de qualidade .....	74
6.4. Sanções para o vício de quantidade .....	75
6.5. Vícios do serviço .....	76
6.6. Quadro resumo .....	77
<b>7. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA .....</b>	<b>79</b>
7.1. Hipóteses de Óbices à Decadência .....	84
7.2. Prazos Prescricionais no Código de Defesa do Consumidor – art. 27 .....	85
<b>8. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA .....</b>	<b>89</b>
8.1. Introdução .....	89
8.2. Conceito .....	91
8.3. A regulamentação da teoria no Código de Defesa do Consumidor .....	93
8.4. Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica .....	96
<b>9. PRÁTICAS COMERCIAIS .....</b>	<b>97</b>
9.1. Introdução .....	97
9.2. Práticas Abusivas .....	99
9.2.1. Sanções .....	101
9.3. Oferta .....	108
9.4. Publicidade .....	110

10. PROTEÇÃO CONTRATUAL .....	115
10.1. Interpretação dos Contratos de Consumo .....	115
10.2. Direito de Arrependimento – Conceito e Fundamento ..	116
10.3. Requisitos para o exercício do direito de arrependimento .....	118
10.4. Garantia contratual .....	118
10.4.1. Garantia legal x garantia contratual .....	118
10.5. Termo de garantia .....	119
10.6. Cláusulas abusivas .....	120
10.6.1. Introdução .....	120
10.6.2. As Cláusulas Abusivas .....	122
10.6.3. Da coerção das cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor .....	123
10.6.4. Do controle de cláusulas abusivas .....	125
10.6.5. Nulidade das cláusulas abusivas .....	126
10.7. Contratos de Adesão .....	130
10.7.1. Considerações gerais .....	130
10.7.2. Contratos de adesão e cláusulas abusivas .....	131
10.7.3. Regras do contrato de adesão .....	132
10.8. SNDC – Sistema Nacional de Defesa do Consumidor ...	133
10.8.1. Sanções administrativas .....	135

**PARTE II**  
**DIREITO PROCESSUAL**

Fernando Sacco Neto

1. TUTELA PROCESSUAL DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR .....	143
1.1. Observações iniciais .....	143
1.2. Diplomas legislativos .....	145
1.3. Código de Defesa do Consumidor .....	148

1.4. Aplicação subsidiária do CPC nas lides envolvendo relações de consumo .....	153
2. AÇÕES JUDICIAIS .....	157
2.1. Facilitação do acesso do consumidor à justiça .....	157
2.1.1. Visão do STJ .....	165
2.2. Litigar individual ou coletivamente? .....	166
2.2.1. Princípios específicos do direito processual coletivo ..	169
3. ÔNUS DA PROVA .....	173
3.1. Observações gerais .....	173
3.2. Requisitos .....	176
3.2.1. Hipossuficiência .....	176
3.2.2. Verossimilhança .....	178
3.3. <i>Ope iudicis</i> x <i>ope legis</i> .....	180
3.4. Momento da inversão .....	183
3.5. Ônus econômico .....	186
4. COMPETÊNCIA .....	189
4.1. Ação individual .....	189
4.2. Ações coletivas .....	191
5. AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....	199
5.1. Denominação .....	199
5.2. Objeto .....	200
5.3. Modalidades de tutela .....	202
5.3.1. Tutelas de urgência .....	203
5.3.1.1. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública ..	205
5.4. <i>Astreintes</i> .....	207
5.5. Sentença .....	209

5.6. Cumprimento da sentença e liquidação .....	210
5.7. Legitimidade ativa .....	213
5.7.1. Ministério Público .....	218
5.7.2. Associações civis .....	226
5.7.2.1. Observações gerais .....	226
5.7.2.2. Requisitos .....	227
5.7.2.3. Associados e não associados .....	230
5.7.2.4. Art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 .....	231
5.7.3. Defensoria, Estado e OAB .....	234
5.8. Coisa julgada .....	236
5.8.1. Observações iniciais .....	236
5.8.1.1. Interesses difusos .....	237
5.8.1.2. Interesses coletivos .....	239
5.8.1.3. Interesses individuais homogêneos .....	241
5.8.2. Litispendência da ação coletiva com a individual ...	243
5.8.3. Art. 16 da LACP .....	244
6. INQUÉRITO CIVIL .....	249
7. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC) .....	253
8. CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO .....	255
Bibliografia .....	257

---

## Lista de Abreviaturas

---

AC – apelação cível  
ACP – ação civil pública  
ADC – ação declaratória de constitucionalidade  
ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias  
ADIn – ação direta de inconstitucionalidade  
Ag – agravo de instrumento  
AgRg – agravo regimental  
Ap – apelação  
AP – ação popular  
Bacen – Banco Central do Brasil  
Câm. – Câmara  
Câm. Civ. – Câmara Cível  
c/c – combinado com  
CC – Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002)  
CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)  
CF – Constituição Federal de 1988  
cf. – conforme  
cit. – citado; citação  
CPC – Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973)  
DJE – Diário Oficial da Justiça do Estado

DJe – Diário Oficial da Justiça da União – eletrônico  
DL – decreto-lei  
ed. – edição  
EDcl – embargos de declaração  
EDiv – embargos de divergência  
EI – embargos infringentes  
esp. – especial  
j. – julgado em  
LACP – Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985)  
LAP – Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965)  
Min. – Ministro  
MP – Ministério Público  
MS – mandado de segurança  
n. – número  
org. – organizador, organizadores  
p. – página  
pp. – páginas  
PROCON – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor  
publ. – publicado  
RE – recurso extraordinário  
rel. – relator, relatora  
REsp – recurso especial  
ss. – seguintes  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça  
T. – Turma  
TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo  
trad. – tradução; tradutor  
TRF – Tribunal Regional Federal  
v.u. – votação unânime

---

P A R T E

I

Direitos do Consumidor

---

MARIA EUGÊNIA REIS FINKELSTEIN

# 1

---

## Introdução

---

**O** RA, sabe-se que já na primeira metade do século XX a sociedade se organizou em face de um novo fenômeno de associativismo, o consumo, caracterizado pela crescente oferta de novos produtos e serviços incentivados pelo marketing cada vez mais agressivo.

Sabe-se que a sociedade de consumo é gerada pelo próprio Capitalismo, que possibilitou a concentração de grupos econômicos, bem como a produção e distribuição em massa.

Ocorre que essa mudança não foi de todo benéfica à sociedade como um todo, de forma que o fortalecimento da posição de fornecedor em detrimento da posição do consumidor foi uma constante na formação das chamadas sociedades de consumo.

Essa disparidade social foi observada pelo Direito ao sabor de uma dura realidade. Não existiam meios de se

proteger eficazmente a posição do consumidor lançando-se mão apenas do ordenamento jurídico previamente estabelecido, pois esse fora estabelecido em face de uma outra organização social, já superada.

Casos escabrosos como o da Thalidomida<sup>1</sup> tinham que ser evitados, mas o Estado ainda não estava preparado para tanto.

O nascimento do chamado Direito do Consumidor foi, então, determinado. E mais, essa nova disciplina foi organizada com foco supremo na vulnerabilidade dos consumidores em face da nova organização da sociedade. Cite-se (Grinover, 2004, p. 7): “A proteção do consumidor é um desafio da nossa era e representa, em todo mundo, um dos temas mais atuais do Direito”.

Sabe-se que a sociedade de consumo só foi possível em face do fortalecimento e do desenvolvimento do mercado. Ora, não havia a possibilidade de se estabelecer uma sociedade voltada para o consumo no caso de não se poderem diversificar os oferecimentos de novos produtos e serviços.

### 1.1. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

Sabe-se que a lei nº 8.078/1990 é uma das mais democráticas já promulgadas no Brasil.

Elaborado por uma comissão de famosos juristas especializados em Direitos do Consumidor e amplamente discutido nas duas Casas, o nosso Código também foi discutido em dois congressos internacionais de Direitos do Consumidor, realizados em São Paulo<sup>2</sup> e Rio de Janeiro<sup>3</sup>. Inúmeros juristas estrangeiros renomados apresentaram

1. disponível em: <<http://www.ivu.org/>>. Acesso em: 11 abr. 2007.

2. maio/junho de 1989.

3. setembro de 1990.

sugestões ao nosso Código e o reconheceram como uma legislação moderna e adequada à nossa realidade.

### 1.2. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A REALIDADE BRASILEIRA

Sabe-se que só há defesa do consumidor em economias nas quais predomina a livre iniciativa.

Economias estatizadas não se coadunam com a defesa do consumidor. Foi, ao contrário, em países capitalistas industrializados que a defesa dos Direitos do Consumidor mais se desenvolveu.

Assim, o contínuo desenvolvimento econômico de nosso país traz como benefício o desenvolvimento da matéria relativa à defesa do consumidor.

Direitos do Consumidor – ramo de Direitos Difusos

Direitos do Consumidor - não é ramo de Direito Público

Direitos do Consumidor – Não é ramo de Direito Privado

# 2

---

## Relação de consumo

---

### ■ 2.1. PARTES E OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

**P**ARA progredirmos no estudo dos Direitos do Consumidor, faz-se necessário definir quais são os contratos de consumo e quais são os contratos mercantis.

Na relação de consumo, o consumidor e o fornecedor estabelecem a compra e a venda de produtos ou serviços. Ou seja, o consumidor compra bens ou serviços do fornecedor, sendo requisito essencial que nessa relação o consumo seja final, para utilização própria, como destinatário final<sup>1</sup>.

---

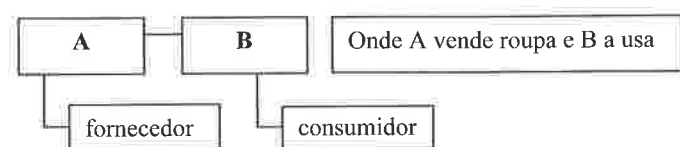
1. A Convenção de Roma define os contratos concluídos com os consumidores como aqueles que têm por finalidade abastecer uma pessoa para o uso considerado alheio à sua atividade profissional.



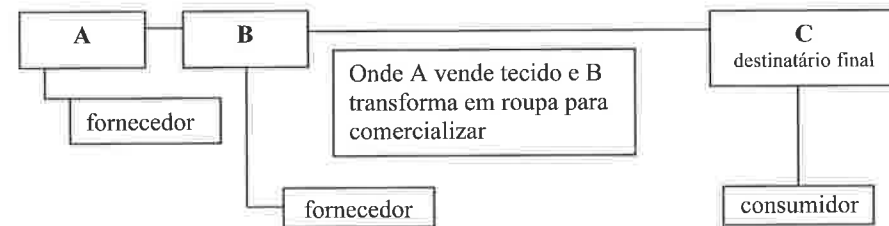
Conforme se viu, o consumidor representa o elo mais fraco de toda a cadeia produtiva pois, desprovido dos meios de produção, torna-se suscetível à concentração de poder econômico dos fornecedores. É normalmente definido como hipossuficiente em face do fornecedor.

Contratos mercantis, por sua vez, não possuem em nenhum de seus polos um destinatário final. São contratos mercantis aqueles realizados entre empresários na persecução de suas atividades. O estudo dos contratos mercantis cabe, pois, ao Direito Empresarial. (Finkelstein, 2009, p. 161)

Ex. 1: Relação de consumo



Ex. 2:



■ 2.2. CONSUMIDOR

A Lei nº 8.078/1990 atribui vários conceitos ao termo “consumidor”.

A separação das diversas definições ocorreu com o intuito do legislador em desviar-se de lobbies políticos, cuja função precípua era a de atrasar a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, encontramos a definição do consumidor nos seguintes artigos:

<b>Art 2º</b>	Consumidor é toda pessoa física ou jurídica.
<b>Art 2º, parágrafo único</b>	O conceito é ampliado, sendo equiparado o consumidor à coletividade de pessoas ainda que indeterminável, que haja intervindo nas relações de consumo.
<b>Art. 17</b>	Vítimas de fato do produto são equiparadas a consumidores.
<b>Art. 29</b>	Todas as pessoas que estiverem expostas a práticas de consumo.

Assim, temos que consumidor, à luz do art. 2º da Lei nº 8.078/1990, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final<sup>2</sup>. A abrangência da expressão “destinatário final” suscita uma divisão da doutrina.

2. No art. 2º da Lei portuguesa n. 24/1996, “considera-se consumidor todo aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com caráter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios”. Veja-se também o art. 1º da lei espanhola nº 20/1984: “1. A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden. 2. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almanecen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros” (1. Para os efeitos desta lei, são consumidores ou usuários as pessoas físicas ou jurídicas que adquirem, utilizam ou desfrutam, como destinatários finais, bens móveis ou imóveis, produtos, serviços, atividades ou funções, qualquer que seja a natureza pública ou privada, individual ou coletiva de quem produz, facilita ou expeça. 2. São considerados consumidores os usuários que sem se constituir em destinatários finais adquiram, utilizem ou consumam bens ou serviços com o fim de integrá-los em processos de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros). (tradução livre). No Reino Unido o *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* 1994, SI 1994/3159 define consumidor como “a person acting for purposes which are outside his business” (uma pessoa agindo em propósitos distintos de seu negócio). (tradução livre).

Temos, pois, que o consumidor poderá ser:

- i) pessoa física;
- ii) pessoa jurídica;
- iii) coletividade de pessoas.

Ocorre, porém, que apesar da definição clara trazida pelo Código, no caso concreto, há grande dificuldade na determinação sobre quem será e quem não será consumidor.

Há basicamente três teorias principais que tentam explicitar a abrangência da expressão “destinatário final” e, portanto, determinar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a uma relação jurídica.

**Teoria finalista**

De acordo com esta teoria, a interpretação do art. 2º do CDC deve ser feita de forma restritiva, à luz dos princípios básicos do Código, levando em conta a posição de vulnerabilidade do consumidor. O consumidor seria o não profissional, mas, sim, aquele que retira o produto ou serviço de circulação, uma vez que o objetivo do Código de Defesa do Consumidor é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável<sup>3</sup>. Vale lembrar que para esta corrente o produto ou serviço não pode ter qualquer tipo de utilização profissional, sendo certo que pessoas jurídicas só serão consideradas consumidoras se o produto ou serviço não tiverem qualquer relação com a atividade econômica desenvolvida e desde que comprovada a sua hipossuficiência em face do fornecedor. Destaque-se, outrossim, que segundo a teoria finalista, pessoas jurídicas sem a finalidade lucrativa sempre serão consideradas consumidoras.

3. Cerceamento de Defesa - “Tendo o magistrado elementos suficientes para o esclarecimento da questão, fica o mesmo autorizado a dispensar a produção de quaisquer outras provas, ainda que já tenha saneado o processo, podendo julgar antecipadamente a lide, sem que isso configure cerceamento de defesa.” (STJ-6ª Turma, REsp 57.861-GO, Rel. Min. Anselmo Santiago, j. 17/02/1998, não conheceram, v. u., DJU 23/03/1998, p. 178) - Juntada de documento - Prova pericial inócua - Questão de mérito unicamente de direito. Código de Defesa do Consumidor - Inaplicabilidade - Contratos de empréstimo firmado para obtenção de insumos - Não há a figura do consumidor prevista no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Contrato Bancário - Limitação dos juros - Inexistência - Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal - “As disposições do Decreto nº 22.626 de 1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas que integram o sistema financeiro nacional”. Anatocismo - Possibilidade após a Medida Provisória 1.963-17/2000, atual MP 2.170 de 23.08.01 - Contratos celebrados posteriormente ao referido diploma - Inexistência de inconstitucionalidade da MP 2170-36 - Recurso não provido. (Apelação nº 7302669000; Rel. Silveira Paulilo; Comarca de Araçatuba; 21ª Câmara de Direito Privado; j. em 15/04/2009)

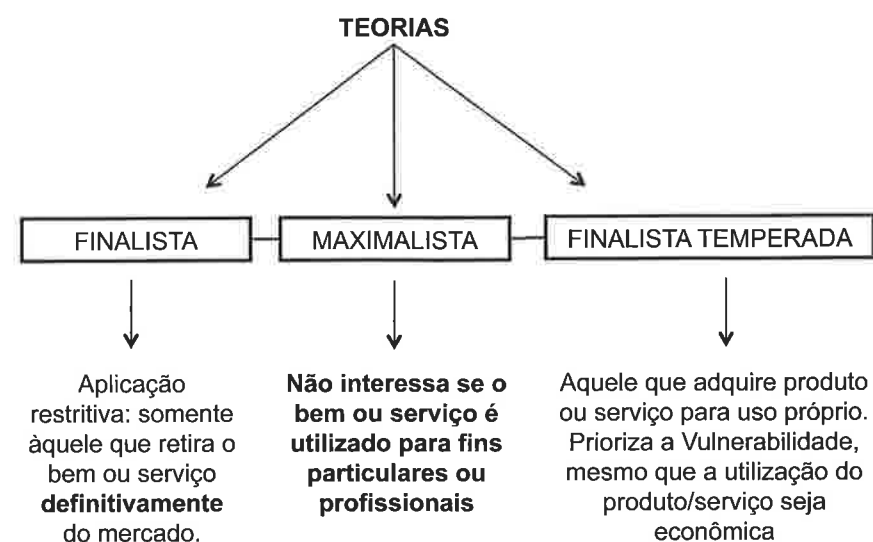
**Teoria maximalista**

Segundo esta teoria, as normas do Código de Defesa do Consumidor figuram como um novo regulamento para o mercado de consumo, e não como normas orientadoras da proteção do não profissional. Assim, as normas do Código de Defesa do Consumidor devem ser interpretadas de forma extensa, permitindo-se sua aplicação ao maior número possível de relações de mercado<sup>4</sup>. Vale dizer, para esta corrente, o conceito de consumidor é amplo, bastando a utilização deste produto ou serviço na condição de destinatário final, sendo certo que não é relevante se a pessoa que adquire o produto ou serviço seja física ou jurídica ou se existe ou não finalidade lucrativa. O relevante é, pois, a aquisição e a utilização do produto ou serviço.

**Teoria finalista temperada**

É uma evolução da teoria finalista. Porém, segundo esta teoria, comprovada a vulnerabilidade do adquirente do produto ou serviço, ainda que este se utilize do serviço ou produto com a intenção de auferir lucro, o mesmo será considerado como destinatário final. Será, portanto, considerado consumidor.

4. Cobrança - Fornecimento de gases e locação de equipamentos a hospital - Pedido de justiça gratuita do réu - Entidade sem fins lucrativos e que notoriamente aplica seus recursos na prestação de serviços médicos e hospitalares a pessoas carentes (Hospital São Paulo) - Benefício concedido - Incidência do CDC (Art. 29) - Consumidor equiparado - Contrato firmado como de adesão e a empresa fornece serviços com tecnologia especializada, caracterizada a vulnerabilidade técnica e econômica - Cláusula que impõe o pagamento de valores correspondentes ao fornecimento de quantidade mínima - Há afronta ao princípio geral da boa-fé objetiva, bem como vedação legal constante do art. 39, I, do CDC - Vantagem comercial que independe da contraprestação - Prática comercial abusiva que merece a repressão, pois não se pode obrigar a aquisição de quantidade maior do que a necessária - Valores referentes a locação de equipamentos - Desnecessidade de documento pois que os bens já estavam em poder do adquirente. (Apelação c/Rev. 964109001, Relator(a): José Malerbi. Comarca: São Paulo. Órgão julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 08/09/2008. Data de registro: 15/09/2008)



CASUÍSTICA: o STJ inclina-se pela corrente finalista temperada

É de se destacar, somente, que nosso Código de Defesa do Consumidor deixou evidente que pessoas jurídicas podem, sim, ser caracterizadas como consumidores, desde que sejam destinatárias finais dos produtos ou serviços adquiridos. Ademais, o Código equipara consumidor à coletividade de pessoas que tenha intervindo na relação de consumo, ainda que indeterminável.

Atualmente é certo que pessoas jurídicas devem ser consideradas consumidoras, desde que não ajam em caráter profissional e especializado. Ser consumidor não é restrito àquelas pessoas com fins lucrativos, tendo em vista que nesta situação torna-se igualmente vulnerável em relação ao respectivo fornecedor, sem nenhuma diferença jurídica relevante para justificar qualquer discriminação.

O sentido econômico do vocábulo foi acolhido pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, consumidor é aquele que adquire bens ou serviços e quem, na verdade, movimentada a cadeia econômica.

No que tange à pessoa jurídica consumidora, temos que a doutrina sustenta que a pessoa jurídica somente pode ser consumidora se o produto ou serviço adquirido não integrar a sua cadeia de produção ou prestação de serviço, ou seja, se ela efetivamente consumir o produto ou serviço sem o repassar a outras pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. Note-se que nem sempre é fácil determinar se o produto ou serviço integra ou não a cadeia produtiva da pessoa jurídica analisada. A análise deve ser feita caso a caso<sup>5</sup>.

Dessa forma, temos que, precipuamente, o consumidor é o destinatário final, ou seja, aquela pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produtos ou serviços em benefício próprio, aquele que busca a satisfação de suas necessidades por meio de um produto ou serviço, sem ter o interesse de repassar este serviço ou este produto a terceiros.

Nos termos do art. 17, foi dilatado o campo de abrangência do Código de Defesa do Consumidor para amparar em seu sistema pessoas que não participaram diretamente de dada relação jurídica de consumo<sup>6</sup>. São as chamadas vítimas de consumo. Esta equiparação tem por finalidade dar proteção jurídica às pessoas que, mesmo

5. Hospedagem – Valor de reservas canceladas – Consumidor – Lei nº 8.078/1990 (CDC) – Inaplicabilidade das regras – Improcedência confirmada. O serviço de hospedagem, contratado por pessoa jurídica, como meio de realização de sua finalidade social, não está sujeito às regras do Código de proteção e defesa do consumidor – CDC (Lei nº 8.078/1990), por não se tratar de relação de consumo, já que aquela será a sua destinatária final. (TJRJ; Ap. Cív. nº 7.265; Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho; j. 18/02/1997)

6. Código de Defesa Do Consumidor. Acidente aéreo. Transporte de malotes. Relação de consumo. Caracterização. Responsabilidade pelo fato do serviço. Vítima do evento. Equiparação a consumidor. Art. 17 do CDC. I – Resta caracterizada relação de consumo se a aeronave que caiu sobre a casa das vítimas realizava serviço de transporte de malotes para um destinatário final, ainda que pessoa jurídica, uma vez que o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor não faz tal distinção, definindo como consumidor, para os fins protetivos da lei, “... toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Abrandamento do rigor técnico do critério finalista. II – Em decorrência, pela aplicação conjugada com o art. 17 do mesmo diploma legal, cabível, por equiparação, o enquadramento do autor, atingido em terra, no conceito de consumidor. Logo, em tese, admissível a inversão do ônus da prova em seu favor. (Recurso especial provido. REsp 540.235-TO)

não participando diretamente de uma relação jurídica de consumo, igualmente sofreram seus efeitos, positivos ou negativos, prazerosos ou danosos.

A dúvida mais importante que surge no que diz respeito à definição de consumidor relaciona-se à expressão destinatário final, de suma importância para a determinação dessa figura. Para Cláudia Lima Marques (2006, p. 304), o destinatário final retira o bem do mercado ao utilizá-lo, colocando um fim na cadeia de produção<sup>7</sup>.

Destinatário final é aquela pessoa, física ou jurídica, que adquire ou utiliza produtos ou serviços em benefício próprio, ou seja, é aquele que busca a satisfação de suas necessidades por meio de um produto ou serviço, sem ter o interesse de repassar este serviço ou este produto a terceiros. Para José Geraldo Brito Filomeno (1999, p. 32), pode-se entender como consumidor aquela pessoa “que isolada ou coletivamente contrate para consumo final em benefício próprio ou de outrem a aquisição ou alocação de um bem, bem como a prestação de serviços”.

Por fim, é de se destacar o art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, abaixo transcrito:

7. Decisão: Acordam os Desembargadores integrantes da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao Agravo de Instrumento. Agravo de Instrumento – Ação de Cumprimento de obrigação de não fazer – Fornecimento de energia elétrica – Deferimento do pedido de Antecipação dos Efeitos da Tutela – Revogação da decisão – em relação a pessoa jurídica, inviável a antecipação, pois não se amolda a condição de consumidora final (art. 2 do CDC) – Quanto a pessoa física, inexistente fundamento legal ou contratual da obrigação da continuidade do fornecimento de energia, a autorizar a antecipação da tutela – Agravo Provido. 1. Na dicção do art. 273 do CPC, o deferimento da antecipação da tutela depende do atendimento aos requisitos ali elencados, em seu conjunto. Não havendo prova inequívoca do direito invocado, impedindo o reconhecimento da verossimilhança da alegação, descabe a concessão da tutela antecipatória em relação aos agravados. 2. Agravo provido para cassar a decisão impugnada. (Processo: 142545600; Origem: Porecatu – Vara Cível; Número do Acórdão: 1762; Decisão: Unânime; Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível; Relator: Denise Arruda; j. 23/09/2003)

*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.*

Conforme deflui do supratranscrito artigo, percebe-se a expansão da abrangência do conceito de consumidor. Ao abrigo deste artigo, serão considerados consumidores terceiros, pessoas jurídicas ou físicas, desde que comprovada sua vulnerabilidade, bem como o nexo de causalidade entre o dano e o evento<sup>8</sup>.

### ■ 2.2.1. Hipossuficiência

O motivo central de toda a proteção que é conferida pelo legislador ao consumidor é a sua vulnerabilidade, ou conforme termo utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor, a sua hipossuficiência.

Desta feita, a intenção clara do legislador foi proteger o consumidor em face de sua vulnerabilidade para equilibrar as relações de consumo.

8. Revisão de contrato de abertura de crédito em conta corrente empresarial garantido pelos sócios fiadores – Incidência do Código de Defesa do Consumidor – Apesar de não caracterizada na hipótese a relação de consumo, por tratar-se de crédito bancário não destinado a consumidor final, mas a incrementar as atividades comerciais da pessoa jurídica, equipararam-se os sócios fiadores ao conceito de consumidor consoante o art. 29 do CDC, uma vez que, embora tenham atuado como meros coobrigados solidários sem adquirir qualquer produto ou serviço em nome próprio, foram submetidos a práticas comerciais e contratuais abusivas, regidas pela legislação consumerista – Multa moratória – É abusiva a cláusula que determina a cobrança de multa moratória superior a 2%, de acordo com o art. 52, § 1º, da Lei nº 8.078/1990, com redação determinada pela Lei nº 9.298/1996 – Sentença reformada – Recurso provido – Juros – Capitalização mensal – Possibilidade, com o advento da Medida Provisória 1963-17/2000, a partir de 31 de março de 2000, sendo o contrato celebrado após a referida data e prevendo a possibilidade da cobrança dos juros capitalizados – Inconstitucionalidade da MP 1.963-17/2000 ainda não proclamada pelo STF, prevalecendo a presunção da constitucionalidade da referida norma, em obediência ao princípio da imperatividade da lei – Sentença mantida – Recurso negado. Comissão de Permanência – Possibilidade de sua incidência, sendo legal sua cobrança, desde que não cumulada com correção monetária ou encargos moratórios ou remuneratórios (Súmulas 30, 288, 294 e 296 do STJ) – Sentença reformada – Recurso negado. Recurso provido em parte. (Apelação nº 7030072200. Relator(a): Francisco Giaquinto. Comarca: São Paulo Órgão julgador: 20ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 23/03/2009)

Deixa, então, o legislador evidenciado que o consumidor é considerado a parte mais fraca da relação, aquela que deve ser protegida.

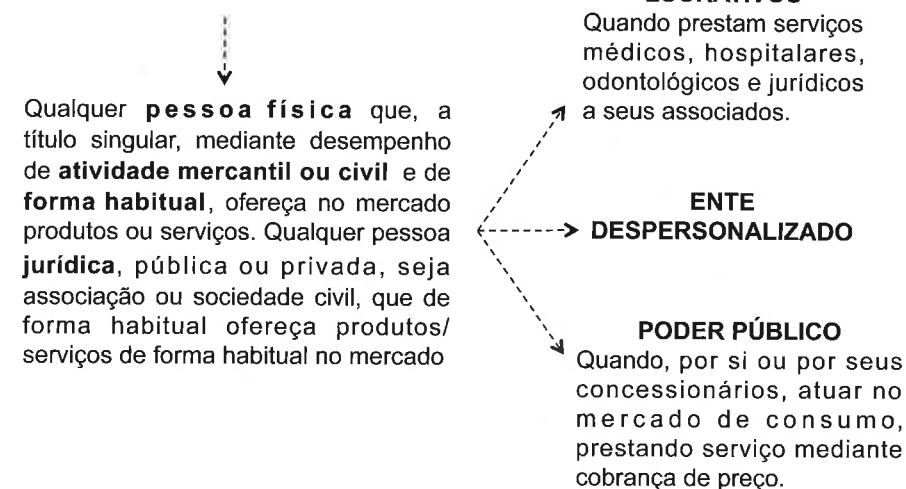
Existem 3 (três) formas básicas de hipossuficiência do consumidor, conforme quadro abaixo (Densa, 2006, p. 22):

<b>Jurídica</b>	O legislador reconhece que o consumidor médio não possui meios de analisar o contrato de consumo que está celebrando com o fornecedor, devendo, pois, ser protegido.
<b>Técnica</b>	O consumidor não possui conhecimentos fáticos sobre o produto ou serviço que irá adquirir, seja a respeito de suas características, seja a respeito de sua utilização.
<b>Econômica</b>	O fornecedor, normalmente, encontra-se em posição de supremacia econômica, sendo o consumidor a parte fraca da relação de consumo <sup>9</sup> .

9. Decisão: a nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, nega provimento ao recurso, na forma do voto do relator designado. Ementa: Processual Civil. Agravo de instrumento. Inversão do Ônus da Prova. Regra de atividade. Hipossuficiência técnica. Alegação de incompetência do juízo estadual. Pretendida inclusão da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) no polo passivo da demanda. Desacolhimento. 1. A inversão do ônus da prova e regra de atividade e não de julgamento. 2. A hipossuficiência, de que fala o art. 6, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, pode ser econômica ou técnica, consubstanciando-se esta última quando somente o fornecedor tem condições de apresentar a prova necessária para o julgamento do feito. 3. A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) não é responsável por serviços e tarifas, mas tem, apenas, o dever de fiscalizar as concessionárias, razão pela qual não se justifica o deslocamento da ação para a Justiça Federal. Recurso desprovido, por maioria. Art. 6º, VIII (Processo: 168294400; Origem: Foro Central da Comarca da Região metropolitana de Curitiba - 2ª Vara Cível; Número do Acórdão: 401; Decisão: Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível; Rel. Marco Antonio de Moraes Leite; j. 17/02/2005)

O desenho abaixo ilustra essa relação:

De forma simplificada: *Fornecedor é*



### 2.2.2. O Estado figurando como consumidor

O Estado também pode ser consumidor, desde que figure no respectivo polo da relação. O Código de Defesa do Consumidor menciona pessoa física ou jurídica, não definindo se esta deve ser de direito público ou privado. Assim, portanto, um órgão público com personalidade jurídica de direito público poderá contratar, por exemplo, serviços de limpeza e ser beneficiado pelo Código, desde que seja destinatário final do produto ou serviço.

Na relação de consumo, o consumidor não é uma pessoa específica e nem é essa pessoa que deve ser tutelada. O agente econômico não é um consumidor, mas ocupa a posição econômica de um consumidor. Nada impede que, em uma determinada situação, determinado agente ocupe a posição de consumidor e, logo em seguida, assumam a posição de fornecedor. Este é o caso do Estado, sem dúvida alguma.

### ■ 2.3. FORNECEDOR

O conceito de fornecedor, por sua vez, também comporta diversos sentidos, abrangendo tanto pessoas físicas quanto jurídicas que, de qualquer forma, atuem no mercado de consumo.

Nos termos do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. Deve ser ressaltado, no entanto, que todas essas atividades de produção, montagem e criação, dentre outras, devem ser exercidas de maneira profissional. Dessa forma, o cidadão, ao vender seu carro usado, não pode vir a ser considerado como fornecedor.

É certo que o Código de Defesa do Consumidor, ao caracterizar o fornecedor, levou em conta os seguintes parâmetros:

- (i) amplitude do conceito de fornecedor;
- (ii) necessidade de o fornecedor exercer a atividade profissionalmente<sup>10</sup>; e
- (iii) irrelevância da caracterização da onerosidade ou gratuidade<sup>11</sup> para caracterização do fornecedor.

10. Ação de rescisão contratual, cumulada com reintegração de posse: compromisso de venda e compra de imóvel – Reconvenção: devolução das quantias pagas, indenização por benfeitorias e reembolso de despesas de água, luz e IPTU – Sentença: procedência do pedido principal, rejeitado o reconvenicional – Recurso: Réu. CDC: negócio entre particulares – Inaplicabilidade. Perdimento dos valores pagos – Razoabilidade diante do longo período de ocupação do imóvel franco de pagamento. Benfeitorias: falta de individualização e provas de sua realização – Indenização: inadmissibilidade. Despesas de água, luz e IPTU anteriores ao compromisso: responsabilidade do vendedor – Prova de pagamento pelos compradores: obrigação de reembolso. Recurso provido em parte. Apelação c/ Rev. nº 4500884200. Relator(a): Claudio Lima Bueno de Camargo. Comarca: Guarulhos. Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado B. Data do julgamento: 22/06/2009. Data de registro: 29/06/2009

11. Indenização – Responsabilidade civil – Furto de veículo em estacionamento de estabelecimento bancário – Obrigação de indenizar existente – Estacionamento não gratuito – Preço embutido no valor dos serviços operacionalizados – procedência mantida. (Relator: Cunha de Abreu; Apelação Cível n. 214.027-1; São Paulo; j. 05/08/94)

Dessa forma, os consumidores de provedores de acesso gratuito podem também vir a ser beneficiados pelo Código de Defesa do Consumidor. Presos que receberam doação de um laboratório farmacêutico e passaram mal devido aos remédios doados podem vir a se beneficiar da lei especial. Ou, de forma mais genérica, consumidores que foram atingidos em sua pessoa ou patrimônio pela utilização das chamadas “amostras grátis”.

Depois de identificadas as duas partes essenciais de uma relação de consumo, quais sejam, consumidor e fornecedor, cabe aferir se existe uma relação entre essas partes. Verificada uma relação jurídica entre as partes e existindo o fornecedor de um lado e o destinatário final do produto ou serviço adquirido do outro, está perfeitamente configurada uma relação de consumo, o que normalmente se dá por um contrato de consumo<sup>12</sup>.

À medida que se globaliza a definição de consumidor, faz-se gradativamente uma descrição negativa do consumidor, afirmando-se que ele não é profissional, pois que se o for tratar-se-á de uma relação empresarial e não de uma relação de consumo.

Por fim, esclareça-se que, nos termos do inciso X do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, o Estado também é equiparado a fornecedor, estando adstrito às regras de defesa do consumidor.

12. A Convenção de Roma define os contratos concluídos com os consumidores como aqueles que têm por finalidade abastecer uma pessoa para um uso que se possa considerar alheio à sua atividade profissional: Art. 5º. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objeto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o “consumidor”, para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua atividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento. A Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais entrou em vigor em 1º de abril de 1991, após terem sido cumpridos os requisitos de ratificação estipulados no art. 29. Na sequência da adesão de novos Estados à Comunidade Europeia, foram celebradas duas Convenções de Adesão à Convenção de Roma: a Convenção relativa à Adesão da Grécia, assinada em Luxemburgo, em 10 de abril de 1984 e a Convenção relativa à Adesão de Espanha e de Portugal, assinada em Funchal em 18 de maio de 1992.

Dessa forma, a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos<sup>13</sup> é um direito básico do consumidor<sup>14</sup>.

#### 2.4. OBJETO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O objeto das relações de consumo pode ser produto ou serviço, conforme definição do próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3º, §§ 1º e 2º.

<b>Conceito de produto</b>	Art. 3º, § 1º	Por produto entende-se qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. Assim, temos que produto é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.
<b>Conceito de serviço</b>	Art. 3º, § 2º	Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

13. Agravo de Instrumento – Prestação de serviços – Energia elétrica – Obrigação de fazer – Alegação de falha no fornecimento de energia – Problemas de voltagem e nas fases da energia – Danos em equipamentos da recorrente – Indenização – Inversão do ônus da prova – Requisitos – Verossimilhança da alegação – Hipossuficiência do usuário, segundo as regras ordinárias de experiência – Ausência na espécie – Determinação do juízo para realização de prova pericial (CPC, art. 130) – Salários do perito – Responsabilidade – Autor – Submissão da matéria às regras comuns do CPC – Incidência do Art. 33, “Caput” do CPC – Ônus da Prova – Incumbência cometida pela Lei ao Autor – Art. 333, inciso I, do CPC. (Agravo de Instrumento 1240687000. Relator(a): Amorim Cantuária. Comarca: Suzano. Órgão julgador: 25ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 19/05/2009. Data de registro: 30/06/2009.

14. 1 – O Código de Defesa do Consumidor é lei complementar à Constituição Federal, que prevê como um direito fundamental a ser protegido a defesa do consumidor, o que se dá por normas de ordem pública e de interesse social (art. 1º da Lei nº 8.078/1990). Assim, prevendo o CDC a nulidade de cláusula excessivamente onerosa ao consumidor na defesa de seus interesses (art. 51, § 1º, inciso III, do CDC), pode o juiz, assim entendendo, declinar de sua competência territorial, já que “jus publicum privatorum pactis derogare non potest”. 2 – Súmulas 33 do E. STJ e 335 do E. STF. Análise diferenciada, caso a caso, quer se trate ou não de uma relação de consumo, quer se caracterize, ou não, onerosidade excessiva ao consumidor, a configurar a abusividade, e conseqüente nulidade, da cláusula contratual de eleição de foro em exame. Agravo improvido. (Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Privado) – Data do julgamento: 18/06/2009)

Esclareça-se que os produtos ou serviços prestados não podem representar ameaça à saúde do consumidor, nos termos do art. 8º do Código de Defesa do Consumidor.

Questão interessante, recentemente resolvida pelo Supremo Tribunal Federal, diz respeito aos serviços bancários. Devem esses serviços ser tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor?

Não restam dúvidas de que, sim, devem ser tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor. É de se notar que o § 2º do art. 3º do CDC menciona expressamente serviços de *natureza bancária, financeira, de crédito e securitária*<sup>15</sup>.

Há muitos anos a jurisprudência entendia que os serviços bancários deveriam, sem dúvida, ser tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor<sup>16</sup>.

15. REsp 557.030-RJ – Consumidor. Saque indevido em conta corrente. Cartão bancário. Responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços. Inversão do ônus da prova. – Debate referente ao ônus de provar a autoria de saque em conta-corrente, efetuado mediante cartão bancário, quando o correntista, apesar de deter a guarda do cartão, nega a autoria dos saques. – Reconhecida a possibilidade de violação do sistema eletrônico e, tratando-se de sistema próprio das instituições financeiras, ocorrendo retirada de numerário da conta-corrente do cliente, não reconhecida por este, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor do serviço, somente passível de ser ilidida nas hipóteses do § 3º do art. 14 do CDC. – Inversão do ônus da prova igualmente facultada, tanto pela hipossuficiência do consumidor, quanto pela verossimilhança das alegações de que não efetuara o saque em sua conta-corrente. Recurso não conhecido.

16. 1) “A atividade bancária de conceder financiamento e obter garantia mediante alienação fiduciária sujeita-se às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, no que couber, convivendo este estatuto harmoniosamente com a disciplina do Decreto-lei nº 911/69. Às cédulas de crédito comercial aplica-se a limitação de 12% ao ano prevista na Lei de Usura. Se a pretensão do recorrente quanto à capitalização mensal dos juros depende da análise das cláusulas contratuais para atestar sua estipulação, inviável se afigura o Recurso Especial”. (REsp 323.986; 01/10/2001; Relatora Min. Nancy Andrighi); 2) Responsabilidade civil. Banco. Documentos de terceiro. Homônimo. Abertura de conta. Entrega de talonário. Inscrição de terceiro nos registros de proteção ao crédito. Responsabilidade do banco. Dano moral. Configuração. Arbitramento na via especial. Embora dispensável a discussão em torno da existência de culpa da instituição financeira, pelos danos causados aos seus clientes e a terceiros, por força do art. 14, *caput*, c/c o art. 17, ambos do CDC; age com culpa o banco que inscreve o nome de uma pessoa no cadastro restritivo de crédito por conta de débitos vinculados a conta-corrente de homônimo da pessoa inscrita. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido

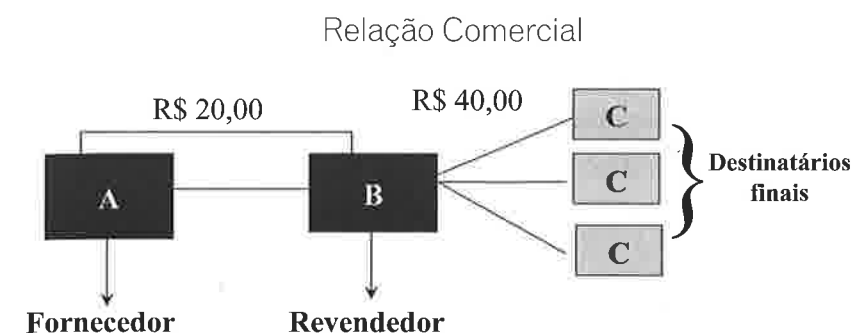
O julgamento da ação direta de inconstitucionalidade<sup>17</sup>, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade de parte do § 2º do art. 3º da Lei nº 8.078/1990, sob o argumento sofisticado de que “a Constituição exige lei complementar para regular o sistema financeiro”, somente corrobora o entendimento de que, sim, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se às instituições financeiras.

Ainda quanto aos serviços, é necessário deixar claro que também aos serviços aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Ressalte-se, no entanto, que tributos, taxas e contribuições de melhoria não se enquadram em serviços tutelados pelo Código.

Também houve divergência jurisprudencial quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor às entidades de previdência privada, uma vez que a Lei Complementar nº 108/2001 regulou a matéria e que, em face de sua especialidade, deveria ser a única a fazê-lo. O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, dirimiu a discussão com a Súmula 321, a seguir transcrita: “O Código de Defesa do consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes”.

de que o dano moral decorre do próprio ato lesivo de inscrição indevida nos cadastros de restrição ao crédito, não havendo necessidade da prova do prejuízo, desde que comprovado o evento danoso. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 768.153-SP);<sup>3</sup> “Consumidor – Banco – Ação de cobrança ajuizada por correntista – extravio de cartão magnético – saque realizado por terceiro após a comunicação ao banco – cláusula abusiva que isenta o banco de responsabilidade nas 48 horas subsequentes à comunicação do extravio – culpa concorrente do correntista que expôs sua senha sem os cuidados necessários – procedência parcial – Código de Defesa do Consumidor, art 51, IV” (TJSP; Ap. Cív. 283.254-1/8; j. 29/04/1997; Relator Des. G. Pinheiro Franco)

17. ADIn nº 2.591 de 2001.



- **Sujeitos:** Fornecedor e revendedor (empresários)
- **Objeto:** fornecimento de produtos móveis
- **Elemento teleológico:** finalidade com que o revendedor adquire o bem, isto é, como revendedor, com âmbito de auferir lucro

## 2.5. RELAÇÃO DE CONSUMO: PRINCIOLOGIA E DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR

### 2.5.1. Princípios do Código de Defesa do Consumidor

O art. 24 da Constituição Federal determina que a competência para legislar sobre produção e consumo é concorrente. Vale dizer, União, Estados e Distrito Federal podem legislar sobre direitos do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor busca, através de seus princípios, bem como dos direitos básicos conferidos ao consumidor, o equilíbrio contratual, lançando uma política mais favorável ao consumidor.

Como todo microsistema legislativo, o Código de Defesa do Consumidor traz em seus regramentos princípios, conceitos e regras que devem ser aplicados, sempre, na busca da defesa do consumidor.

São esses princípios que permitem que se chegue a um entendimento harmônico no que tange às regras aplicáveis. Esse ponto é,



sem dúvida, o desenvolvimento da Política Nacional das Relações de Consumo, destacando-se a consagração da hipossuficiência e da vulnerabilidade do consumidor.

O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor apresenta, assim, vários princípios que passamos a estudar.

#### ■ 2.5.2. Princípio da Vulnerabilidade

Constante do inciso I do art. 4º em comento, este princípio se configura pelo reconhecimento de que o consumidor é a parte mais fraca da relação de consumo. Importante notar que a presunção de vulnerabilidade do consumidor é decorrente de lei e não admite prova em contrário.

O consumidor não dispõe de controle sobre os bens de produção e deve se submeter ao poder dos titulares destes.

Conforme já mencionado, a vulnerabilidade do consumidor pode ser técnica, jurídica e fática. Na *técnica*, o consumidor não possui os conhecimentos específicos sobre o objeto que está adquirindo. Na *jurídica*, reconhece o legislador que o consumidor não possui conhecimentos jurídicos, de contabilidade ou de economia para esclarecimento. E, finalmente, na *fática*, a vulnerabilidade baseia-se no reconhecimento de que o consumidor é o elo fraco da corrente, e que o fornecedor encontra-se em posição de supremacia. (Densa, 2006, p. 22)

Este princípio decorre do fato de o fornecedor dominar as técnicas de produção ou manufatura do produto ou do serviço, técnicas estas totalmente desconhecidas pelo consumidor, aliado ainda ao fato do fornecedor ter, em geral, um poderio econômico-financeiro muito superior ao do consumidor.

Quanto à hipossuficiência, esta não pode ser confundida com a vulnerabilidade. A hipossuficiência abrange, também, as áreas

econômica e processual. Assim, a hipossuficiência será econômica quando o fornecedor aproveitar-se das dificuldades financeiras do consumidor. Será a hipossuficiência processual quando o consumidor demonstrar dificuldade de fazer prova em juízo. Neste caso, poderá vir a ser determinada a inversão do ônus da prova pelo juiz.

#### ■ 2.5.3. Princípio da ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor

Por haver sido o Código de Defesa do Consumidor promulgado como um resultado do chamado Estado Social, é certo que o legislador preocupou-se, em tese, com o bem-estar social, visando à atuação intervencionista do Estado.

Previsto no inciso II do art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, de tal princípio derivam duas obrigações do Estado:

- (i) obrigação relativa à criação ou incentivo de criação de organizações voltadas à defesa do consumidor, sejam estatais ou não, tal como Procon (Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor)<sup>18[1]</sup>;
- (ii) a ação efetiva e direta do Estado no mercado de consumo.

#### ■ 2.5.4. Princípio da harmonização dos interesses dos consumidores e fornecedores

Este princípio, previsto no inciso III do mesmo artigo 4º, baseia-se no fato de que o mercado de consumo estável, equilibrado e harmônico, é interesse tanto dos consumidores quanto dos fornecedores, e muito mais interessante a estes, na medida em que ao capitalismo importa a organização e não o caos instituído.

18. Em São Paulo e no Rio de Janeiro, o Procon é um órgão vinculado à Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

Conforme se sabe, um dos princípios de nosso direito é a boa-fé, sendo essa pressuposta de forma a manter a harmonização de interesses e equilíbrio nas relações entre os fornecedores e consumidores. A boa-fé é um dever imposto às partes, devendo estar presente antes, durante e após o cumprimento da obrigação.

#### ■ 2.5.5. Princípio da Educação e Informação

Previsto no inciso IV do art. 4º, este princípio reflete o fato de serem a educação e a informação obrigações tanto do Estado, quanto da iniciativa privada e das organizações de defesa do consumidor, pois somente o consumidor bem informado e educado poderá propiciar o amadurecimento das relações de consumo, na medida em que o consumidor passa a ser mais exigente e consciente, exercendo, assim, a sua dignidade como pessoa humana.

Este princípio desdobra-se, ainda, em um dever de informar que tem o fornecedor para com o consumidor, em relação aos produtos e serviços oferecidos no mercado de consumo, quanto aos riscos, qualidade, segurança e demais fatores que coloquem em perigo a incolumidade física e psíquica de qualquer consumidor ou terceiro.

#### ■ 2.5.6. Princípio do controle de qualidade e mecanismos de atendimento pelas próprias empresas

Referido princípio, contido no inciso V do art. 4º do CDC, reza pela melhoria não só na qualidade dos produtos e serviços, bem como – e principalmente – na satisfação do consumidor. Para tanto, as empresas necessitam colher informações através do chamado Serviço de Atendimento ao Consumidor – SAC, verdadeira ferramenta que propicia a melhoria na qualidade das relações de consumo.

Os SACs desempenham importante papel na medida em que,

muitas vezes, são efetivos mecanismos alternativos para a solução de lides, ou seja, quando o consumidor adquire um produto ou serviço que contenha qualquer vício, muitas vezes as próprias empresas acabam por sanar o problema apontado, sem a necessidade de o consumidor invocar a tutela jurisdicional do Estado.

O Decreto nº 6.523/2008 estabeleceu regras para o serviço de Atendimento ao Consumidor, com fundamento no art. 24 da Constituição Federal. Vale lembrar que referido decreto destina-se a serviços regulados pelo Poder Público Federal, sendo o exemplo máximo os serviços prestados por agências reguladoras<sup>19</sup>. Suas principais disposições são:

- ligações gratuitas e serviços que não gerem ônus ao consumidor;
- no primeiro *menu* eletrônico deve constar a opção “contato com o atendente”;
- a ligação não deverá ser finalizada antes do atendimento;
- o acesso inicial ao atendente não será condicionado ao prévio fornecimento de dados pelo consumidor;
- o serviço SAC deverá ficar disponível de forma ininterrupta, 24 horas por dia;
- a obrigatoriedade da manutenção de gravações das chamadas ao SAC, devendo, sempre que solicitado, o consumidor ter acesso ao histórico de suas chamadas em 72 horas.

#### ■ 2.5.7. Princípio da coibição e repressão de abusos

Tal princípio nada mais é do que um desdobramento do princípio contido no *caput* do art. 170, da Constituição Federal, que ao instituir o regime capitalista como ordem econômica e financeira,

19. O objeto das agências reguladoras é a “regulação de setores sensíveis e ao mesmo tempo a proteção dos administrados ou, na linguagem adotada pelo legislador brasileiro, a proteção do consumidor”. (Fonseca, 2005, p. 297)

determina expressamente que o mesmo será fundado na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, objetivando assegurar a todos existência digna.

As técnicas e os métodos utilizados pelo fornecedor para a comercialização de seus produtos e serviços não podem ser prejudiciais e não podem induzir o consumidor ao erro.

O legislador coibiu, ainda, a concorrência desleal e o desrespeito à propriedade industrial, para que prejuízos não fossem causados ao consumidor, direta ou indiretamente. Os crimes da concorrência desleal estão definidos no art. 195 da Lei nº 9.279/1996 (Finkelstein, 2009, p. 6). Assim, o fornecedor não pode utilizar-se de marca idêntica ou que se assemelhe a uma famosa, com o objetivo de enganar o consumidor e, conseqüentemente, aumentar suas vendas. O legislador coíbe a concorrência desleal.

#### ■ 2.5.8. Princípio da Racionalização e Melhoria dos Serviços Públicos

Este princípio, constante do inciso VII do art. 4º, por si só, declara expressamente que o Estado é fornecedor de produtos e serviços e, portanto, subordinado ao regime da Lei nº 8.078/1990.

Ao buscar fundamentação constitucional torna-se imprescindível uma abordagem ao art. 37, § 6º, da CF, que assim dispõe:

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

Verifica-se que a Carta Magna destaca que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado podem ser prestadoras de serviços públicos, como bem definido no art. 175 do referido diploma.

#### ■ 2.6. Direitos básicos do consumidor

Já o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor dispõe sobre os direitos básicos do consumidor, conforme passamos a estudar:

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

Os consumidores têm incontestável direito de não serem expostos a perigos que atinjam a sua incolumidade física, perigos tais representados por práticas condenáveis no fornecimento de produtos e serviços.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor, em seus arts. 8º a 10º, apresenta normas que exigem que o fornecedor informe sobre os riscos que produtos e serviços podem vir a ocasionar, de maneira clara e evidente.

O fornecedor deverá ainda retirar do mercado produtos e serviços que venham a apresentar riscos à incolumidade dos consumidores ou terceiros, alheios à relação de consumo. Se tal ocorrer, deverão os fornecedores comunicar o fato às autoridades competentes. Deverão, ainda, indenizar pelos danos causados, sendo que podem ser responsabilizados, inclusive criminalmente, pelo fato, nos termos dos arts. 63 e 64 do CDC.

##### **II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações**

A educação deve ser vislumbrada sob 2 (dois) aspectos:

- a) educação formal, que deve ser dada desde o primeiro grau nas escolas;
- b) educação informal, de responsabilidade dos fornecedores, quando, mediante a ciência do marketing, devem informar o consumidor acerca das características dos produtos e serviços colocados no mercado.

A correta educação do consumidor visa alertar os consumidores com relação a eventuais riscos que possam atingir sua saúde e incolumidade física. Ademais, visa a garantir que o consumidor possua liberdade de escolha e igualdade de contratação, sendo que as condições contratuais devem ser-lhe informadas previamente.

Os órgãos públicos também são responsáveis pela educação do consumidor, por meio de debates, simpósios, pesquisas de mercado e demais meios para manter o consumidor informado, função esta desempenhada mormente pelo Procon.

### **III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem**

É mais uma extensão do dever do fornecedor de informar ao público sobre todas as características importantes de produtos e serviços, para que o consumidor possa adquirir um produto, sabendo exatamente o que vai encontrar.

O fornecedor é responsável pelos vícios de qualidade e quantidade dos produtos e serviços, conforme preceitua o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor. Assim sendo, se um produto, por exemplo, contiver quantidade inferior à informada e não sendo o vício sanado em 30 (trinta) dias, o consumidor pode exigir, alternativamente:

- a) substituição do produto da mesma espécie, em perfeitas condições;
- b) restituição imediata da quantia paga, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; e
- c) abatimento proporcional do preço.

Ademais, fazer afirmação falsa quanto à qualidade e quantidade do produto é crime, nos termos do art. 66 do CDC. Tal conduta enseja também a responsabilização civil do fornecedor que a ela der causa.

### **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**

O Código de Defesa do Consumidor determina que toda a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor imediatamente a identifique como tal. Os §§ 1º e 2º do art. 37 do CDC definem o que é considerado publicidade abusiva e publicidade enganosa, como se verá no presente trabalho.

O Código prevê, ainda, que a publicidade enganosa configura crime contra o consumidor, nos termos do seu art. 67.

Quanto às cláusulas abusivas, o diploma consumerista é claro ao afirmar que as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor. Em seu art. 51, enumera, exemplificativamente, as cláusulas abusivas, determinando que estas são nulas de pleno direito. O elenco de cláusulas abusivas, no entanto, não é exaustivo.

As práticas abusivas estão descritas no art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

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

É considerada cláusula injusta aquela que deixa de estabelecer direitos e obrigações recíprocas entre as partes. A parte lesada ou o consumidor, em nosso caso, pode pleitear, a qualquer tempo, a

nulidade da cláusula injusta ou desproporcional sem que se leve à anulação do contrato, já que prevalece sempre o princípio da preservação do negócio jurídico.

Os pré-contratos são vinculativos. Assim, se o fornecedor faz uma oferta atinente a um determinado serviço, não poderá posteriormente modificar as condições de referida oferta.

Pela teoria da imprevisão, porém, o consumidor sempre terá o direito de requerer revisão da cláusula contratual quando ocorrer a superveniência de fato novo. Referido direito visa à adequação do contrato celebrado à nova realidade fática. Note-se que o consumidor estará dispensado de provar a imprevisibilidade do fato superveniente. Bastará a comprovação da onerosidade excessiva que decorreu de mencionado fato superveniente. Claro está que a boa-fé e a vulnerabilidade do consumidor serão sempre presumidas nas relações de consumo.

O consumidor pode, ainda, desistir do contrato, conforme preceitua o art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, desde que a compra tenha sido feita fora do estabelecimento. Vale lembrar que compras feitas por meio de comércio eletrônico gozam desta proteção, uma vez que são consideradas como feitas fora do estabelecimento. (Finkelstein, 2004, p. 270)

#### VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos

O Código de Defesa do Consumidor não estabeleceu limitações às indenizações decorrentes de danos causados por acidentes de consumo, consagrando entre os direitos básicos do consumidor o princípio da reparação integral dos danos materiais e morais, sem qualquer restrição.

Assim, não pode o contrato estabelecer limitações de indenização por prejuízo moral ou material advindo de relação contratual de consumo.

Note-se que o Código de Defesa do Consumidor tutela não só interesses individuais dos consumidores, mas também os interesses difusos e coletivos, como se verá.

Vale lembrar que a cumulação de danos morais e patrimoniais foi objeto da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça.

#### 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

O legislador estabeleceu que o acesso do consumidor aos órgãos de administração da Justiça deve ser facilitado de forma que seja garantida a prevenção e a reparação de danos causados ao consumidor, inclusive os danos morais<sup>20</sup>. Claro está, no entanto, que nem sempre é reconhecido ao consumidor direito a danos morais.

Por prevenção entenda-se a ação dos fornecedores no cumprimento do dever da informação.

Já a repressão deve ser entendida como as sanções administrativas e infrações penais previstas pelo Código de Defesa do Consumidor.

O consumidor deve ser dotado de instrumentos processuais para que se dê a prevenção de danos, bem como sua reparação.

Entende-se que a criação de Juizados Especiais Cíveis e Varas Especializadas em causas relativas às relações de consumo, nos termos

20. Responsabilidade civil – Transporte aéreo – atraso de voo e *overbooking* – Convenção de Varsóvia – não aplicação – incidência das regras do Código de Defesa do Consumidor – relação de consumo caracterizada dano moral – cabimento – indenização – fixação no valor correspondente a 30 salários mínimos na época do acórdão – súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça – atualização pela tabela prática do Tribunal de Justiça – juros de mora – termo inicial – citação – taxa de 1% ao mês-ônus da sucumbência – distribuição fixada na sentença – manutenção – recurso provido em parte. (Apelação 7144981700; Relator(a): Roberto Bedaque; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 22ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 17/06/2009; Data de registro: 30/06/2009)

da Lei nº 9.099/1995, satisfazem esse direito básico do consumidor, sendo certo que outras iniciativas merecem ser mencionadas a este respeito, tais como:

- assistência jurídica gratuita regulamentada pela Lei nº 1.060/1950 e no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal;
- instituição de promotorias especializadas à defesa do consumidor;
- concessão de estímulos pelo Poder Público para a criação de associações de defesa do consumidor.

**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**

A inversão do ônus da prova<sup>21</sup> representa uma exceção à regra de que aquele que alega é quem deve provar.

A inversão do ônus da prova não é aplicável em qualquer caso, mas somente naqueles em que se verifica, a critério do juiz, a verossimilhança da alegação ou se presente a hipossuficiência.

Verossimilhança é a plausibilidade, ou, em outras palavras, a provável procedência das alegações do consumidor.

21. Decisão: ante o exposto, a Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso, na forma do voto do relator. Processual civil. Inversão do ônus da prova. Código de Defesa do Consumidor. Perícia. Custeio. Embora se aplique o Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários em geral, a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, inciso VIII, da Lei nº 8.078/1990, não implica em se atribuir ao fornecedor a obrigação de adiantar os honorários da prova pericial determinada pelo juiz, embora isto possa resultar em não comprovação de suas alegações e desfecho da lide contra seus interesses. Recurso provido. (Processo nº 168125400; Origem: Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – 12ª Vara Cível; Número do Acórdão: 279; Decisão: Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível; Relator Ruy Cunha Sobrinho; j. 23/12/2004)

**IX – a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral**

O Poder Público também é responsável pela boa prestação de serviços remunerados mediante tarifas ou preço público.

O art. 22 do Código de Defesa do Consumidor é enfático ao dizer que os órgãos públicos são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros. Os serviços essenciais prestados pelo Estado devem, ainda, ser contínuos. Caso o fornecedor<sup>22</sup> não cumpra o estabelecido em lei, deve arcar com as perdas e danos daí advindos.

Deve ser destacado que se o consumidor deixar de efetuar o pagamento das faturas mensais pelo fornecimento de serviço público, poderá ser efetuado o corte do fornecimento do serviço, desde que o consumidor receba o aviso-prévio. Esse entendimento é expresso pela jurisprudência majoritária<sup>23</sup>.

22. Recurso Especial. Acidente em estrada. Animal na pista. Responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Conforme jurisprudência desta Terceira Turma, as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários, estão subordinadas à legislação consumerista. Portanto, respondem, objetivamente, por qualquer defeito na prestação do serviço, pela manutenção da rodovia em todos os aspectos, respondendo, inclusive, pelos acidentes provocados pela presença de animais na pista. Recurso especial provido. (STJ, REsp 64.7710-RJ)

23. Administrativo – serviço de fornecimento de água – corte por falta de pagamento, após aviso prévio – legalidade – Lei nº 8.987/1995 e IC nº 170/87 – Súmula 83/STJ. 1. Aplica-se, por analogia, o Enunciado n. 83 da Súmula do STJ ao recurso especial. 2. Na relação jurídica entre a concessionária e o consumidor, o pagamento pelo serviço de abastecimento é contraprestação, e o serviço pode ser interrompido em caso de inadimplemento, desde que antecedido por aviso. 3. “A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da isonomia e ocasiona o enriquecimento sem causa de uma das partes, repudiado pelo Direito (interpretação conjunta dos arts. 42 e 71 do CDC).” (REsp 684.020-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 30/05/2006). Recurso especial não conhecido. Processual Civil e Administrativo. Agravo regimental. Energia elétrica. Inadimplência. Corte no fornecimento. Possibilidade. Interpretação sistemática dos arts. 22 do Código de Defesa do Consumidor e 6º, § 3º, II, da Lei nº 8.987/1995. 1. O art. 22 da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), dispõe que “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”. 2. O princípio da continuidade do serviço público assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor deve ser temperado ante a exegese do art. 6º, § 3º, II da Lei nº 8.987/1995, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 768.854-RJ)

# 3

---

## Qualidade e segurança de produtos e serviços

---

**O**S arts. 8º, 9º e 10, que compõem a Seção I do Código de Defesa do Consumidor guardam uma ligação entre si no que diz respeito ao grau de nocividade permitido aos produtos e serviços ofertados ao consumidor. É notória a contradição entre eles no que tange aos seus termos, o que obviamente nos leva a uma certa dificuldade de solução de conflitos baseados nos supracitados artigos.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, são obrigações do fornecedor:

- colocar no mercado produtos seguros, ou seja, que não acarretem riscos que excedam o uso convencional do produto;
- serviços ou produtos nocivos ou perigosos devem apresentar informações precisas;

- caso o produto ou serviço apresente grau de nocividade ou periculosidade descoberto após a sua introdução no mercado, o fornecedor deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores. O *recall*<sup>1</sup> é decorrente desta obrigação; e
- caso tenha ocorrido algum dano, o fornecedor tem a obrigação de repará-lo, sendo certo que o fornecedor não pode alegar desconhecimento do grau de nocividade ou periculosidade do produto, sendo obrigado a reparar o dano, independentemente da existência de culpa.

Desta forma, é patente a preocupação do legislador em estabelecer critérios para a tutela dos bens jurídicos mais valiosos a serem preservados nas relações de consumo, quais sejam, a vida e a integridade física do consumidor.

Assim, a legislação tenta da melhor forma coibir esses acidentes, na medida em que cria diversos tipos de responsabilização:

<b>Civil</b>	Responsabilidade dos fornecedores perante os consumidores por danos decorrentes da nocividade ou periculosidade dos produtos ou serviços.
<b>Administrativa</b>	Responsabilidade perante a administração federal, estadual ou municipal, pelo descumprimento de deveres previstos em normas legais ou regulamentares.
<b>Penal</b>	Responsabilidade dos fornecedores pela prática de ilícitos penais.

1. "Procedimento pelo qual o fornecedor informa ao público sobre os defeitos detectados nos produtos ou serviços colocados no mercado de consumo" – definição do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC.

Cada um desses tipos de responsabilização será tratado em momento apropriado pelo presente trabalho.

Nesta seção, no entanto, o Código de Defesa do Consumidor estabelece indícios de nocividade ou periculosidade dos produtos ou serviços colocados no mercado de consumo, mediante a enunciação do dever de informar a cargo dos fornecedores, nos casos concretos.

Tratando-se de produto intrinsecamente defeituoso em sua formulação, a responsabilidade civil por danos é exclusiva do fabricante. Mas a nocividade pode, ainda, ser resultante da má utilização do produto por falta, insuficiência ou inadequação de informação. A responsabilidade por vícios de informação pode ser atribuída, excepcionalmente, aos demais partícipes do processo distributivo quando tenham induzido em erro o consumidor, desvirtuando as informações prestadas pelos respectivos fabricantes sobre sua utilização e riscos.

É preciso distinguir os defeitos intrínsecos dos extrínsecos:

<b>Defeitos ou vícios intrínsecos</b>	São aquelas imperfeições que afetam em sua essência ou composição os produtos colocados no mercado de consumo.
<b>Defeitos ou vícios extrínsecos</b>	São aqueles que afetam a apresentação do produto, derivados da falta ou da insuficiência de informações relativas à utilização, conservação e vida útil (prazo de validade) do produto.

A inobservância do disposto nos arts. 8º, 9º e 10 pode ser exigida, inclusive judicialmente, independentemente de prejuízos concretamente causados aos consumidores, uma vez que são dispositivos imperativos e de observância compulsória.



Referidos artigos impõem um padrão de conduta aos fornecedores, pretendendo, por evidente, que as situações de perigo e, portanto, também as de efetiva lesão aos consumidores não venham a ocorrer.

São obrigações impostas ao fornecedor:

- (i) colocar no mercado produtos seguros, ou seja, que não acarretem riscos que excedam ao uso convencional do produto; e
- (ii) prestar informação de maneira adequada, de forma clara, precisa, ostensiva e em vernáculo.

O uso e os riscos razoavelmente esperados dizem respeito à utilização normal do produto. Essa questão é ligada ao disposto no art. 8º do CDC.

O Código de Defesa do Consumidor adota a chamada teoria do risco criado<sup>2</sup>, “que tem o sentido de atribuir ao fornecedor o dever de reparar danos causados aos consumidores pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa” (Almeida, 2003, 59). Um isqueiro, por exemplo, acarreta riscos de queimadura que, no entanto, são normais e previsíveis diante de seu uso convencional. Nesse caso, a obrigação do fornecedor consiste em disponibilizar ao consumidor informações necessárias e adequadas.

Claro está que o diploma em estudo não exige a segurança absoluta dos produtos ou serviços colocados no mercado de consumo mas, sim, que critérios mínimos de segurança sejam assegurados ao consumidor. Assim, o consumidor pode esperar que uma faca corte, mas não deve esperar que a sua lâmina se solte do cabo de segurança.

2. Responsabilidade Civil – Ato Ilícito – Teoria do risco criado – Fabricante que altera composição de produto sem a mudança no rótulo e sem advertência de contraindicação – Uso simultâneo pelo consumidor de substância incompatível – Ocorrência de resultado danoso – Responsabilidade objetiva com inversão do ônus da prova – Minorante de culpa concorrente não caracterizada, vez que inexigível cautela extraordinária do usuário – Indenização devida. (RT 646/167, TARS, 2ª Câmara, Ap. 189008527, Rel. Juiz Clarindo Favretto, j. em 08/06/1989)

Conclui-se, assim, que o fornecedor deve dar as informações sobre os riscos que não são normais e previsíveis em decorrência da natureza e fruição dos produtos e serviços.

Destaque-se que as informações abrangem desde a publicidade veiculada pelos meios de comunicação até as informações que acompanham diretamente o produto, tais como manuais de utilização ou bulas de remédios<sup>3</sup>.

A violação ao dever de informação também pode implicar a responsabilidade penal do fornecedor, já que, nos termos do art. 63 do Código de Defesa do Consumidor, é crime, apenado com detenção de 6 meses a 2 anos e multa, “omitir dizeres ou sinais ostensivos sobre a nocividade ou periculosidade de produtos, nas embalagens, nos invólucros, recipientes ou publicidade”, assim como o é “deixar de alertar, mediante recomendações escritas ostensivas, sobre a periculosidade do serviço a ser prestado (§ 1º)”. Deve receber a pena de detenção de 1 a 6 meses ou multa a pessoa que incorre na mesma conduta, porém, culposamente (§ 2º).

O art. 9º menciona, ainda, produtos e serviços que podem ser colocados no mercado de consumo, apesar de potencialmente nocivos ou perigosos<sup>4</sup>.

3. Condenação em Dinheiro – Ação de indenização – Consumidor – Fornecedor de serviço de detetização que não presta informações suficientes e adequadas sobre os riscos do produto. Dever de reparar os danos decorrentes da intoxicação sofrida pela consumidora, em face do disposto nos arts. 9º e 14, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso não provido. O fornecedor de serviço de detetização responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores que sofreram intoxicação em razão de informações insuficientes e inadequadas sobre os riscos do produto, incluindo possíveis reações alérgicas (artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor). (2ª Colégio Recursal de São Paulo – SP, Rec. 1.718, Rel. Juiz Plínio Andrade, j. em 19/05/1999)

4. – fornecimento de bebidas alcoólicas, fumo e agrotóxicos (produtos nocivos à saúde); – fornecimento de fogos de artifício (produto perigoso); – fornecimento de material radioativo (produto nocivo à saúde); – detetização de prédios (serviço nocivo à saúde); – demolição de prédios (serviço perigoso).

Sabe-se, ademais, que há produtos que por si só são lesivos ao consumidor, como remédios, por exemplo. Assim, tem o fornecedor a obrigação de informar sobre os riscos inerentes ao produto, informando também acerca das técnicas de utilização. Essas informações devem ser comercializadas juntamente com os produtos ou serviços ofertados.

Pode acontecer também de um produto ou serviço apresentar riscos à saúde e integridade física do consumidor após a sua colocação no mercado. Nesse caso, o fornecedor deverá comunicar aos consumidores pela imprensa acerca da existência de risco, sendo que também deverá avisar o Poder Público. Deve, ainda, o fornecedor retirar o produto do mercado a fim de não causar prejuízos, sendo certo que deverá indenizar os consumidores lesados. Claro está que o Poder Público poderá, também, vir a retirar produto lesivo do mercado de consumo.

No art. 10 do Código de Defesa do Consumidor temos a expressa proibição legal à colocação no mercado de produtos ou serviços com alto grau de periculosidade ou nocividade: é dizer, não pode o fornecedor que sabe ou deveria saber ser um produto nocivo ou perigoso colocá-lo, assim mesmo, à venda para consumo.

Nota-se que do Código de Defesa do Consumidor deflui uma certa gradação quanto aos níveis de periculosidade. Podemos, assim, considerar que existem três tipos de periculosidade, quais sejam:

- (i) periculosidade latente ou inerente;
- (ii) periculosidade exagerada; e
- (iii) periculosidade adquirida.

Desta feita, a obrigação de indenizar pelo fornecedor só subsiste no caso de periculosidade exagerada e de periculosidade adquirida. No

caso de periculosidade latente, a obrigação de indenizar só subsistirá caso o fornecedor não propicie informações adequadas.

Da quebra dos deveres impostos pelos artigos ora estudados, decorre a obrigação de indenizar do fornecedor.

# 4

---

## A responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor

---

**S**ABE-SE que responsabilidade civil é uma fonte de obrigações. Assim sendo, quem causar dano a outrem terá a obrigação de repará-lo. Esse preceito encontra-se estampado no art. 927 do Código Civil.

É consenso que uma das maiores proteções propiciada pelo Código de Defesa do Consumidor aos consumidores foi a adoção da responsabilização objetiva do fornecedor. Isso implica dizer que a responsabilidade do fornecedor de produtos ou serviços ofertados ao mercado de consumo é lastreada no risco da atividade, e não na culpa. Note-se que culpa, genericamente, abrange também o dolo, sendo, doravante, essa a sua significação.

Conclui-se que a intenção do fornecedor, ou a sua negligência, imprudência ou imperícia são, assim, totalmente afastadas do sistema de responsabilização previsto pela Lei nº 8.078/1990.

O Código de Defesa do Consumidor inovou, portanto, ao afastar-se do regime de responsabilização tradicional, que pautava a condenação do agente causador do dano na comprovação de sua culpa. Essa é a chamada responsabilidade civil subjetiva, que não se aplica às relações de consumo, em geral, mesmo porque tornou-se insuficiente para a efetiva proteção dos direitos dos consumidores. (Serrano, 2003, p. 56)

Assim, para fins do Código de Defesa do Consumidor, o que deve ser analisado é a ocorrência de dano e se há um nexo de causalidade entre o dano e a utilização do produto ou serviço ofertado<sup>1</sup>. Claro está que há exceções que serão estudadas no momento apropriado.

Abaixo, quadro distintivo da responsabilidade objetiva e da responsabilidade subjetiva:

	Aplicação	Fundamento	Deve ser comprovado	Base legal principal
Responsabilidade Subjetiva	Tradicional	pautada na culpa	culpa, nexo causal, dano	art. 927 do CC
Responsabilidade Objetiva	Consumerista	pautada no risco da atividade	nexo causal dano	art. 12 do CDC

Outra inovação importante trazida pelo Código de Defesa do Consumidor foi a divisão em responsabilidade pelo fato do produto ou serviço e em responsabilidade pelo vício do produto ou serviço. Neste sentido, observe-se a tabela abaixo:

1. Agravo – Contraceptivo sem substância ativa – Negligência da agravada – Gravidez – Nexo de causalidade – Irreversibilidade da situação – Tutela antecipada – Concessão ante a possibilidade de perecimento do direito – Recurso provido. Indenização – Gravidez – Irreversibilidade da situação – Tutela antecipada concedida – Irrelevância da situação econômica da recorrente – Caução inexigível – Direito incondicional ao pagamento – Verbas impostas não excessivas – Recurso parcialmente provido. (AI nº 98.465.4/8 – Mauá – São Paulo – TJ)

Responsabilidade	Gradação	O que a gera	O que atinge
Responsabilidade pelo Fato do Produto ou Serviço (arts. 12 a 17)	Mais grave	Defeito – fato que causa dano à saúde ou segurança <sup>2</sup>	atinge a saúde ou segurança do consumidor
Responsabilidade pelo Vício do Produto ou Serviço (arts. 18 a 25)	Menos grave	Vício – fato associado à deficiência de qualidade ou quantidade do produto ou serviço <sup>3</sup>	atinge tão somente o patrimônio do consumidor

2. Processual civil. Ação civil pública. Explosão de loja de fogos de artifício. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa da procuradoria de assistência judiciária. Responsabilidade pelo fato do produto. Vítimas do evento. Equiparação a consumidores. I – Procuradoria de assistência judiciária têm legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do art. 82 e incisos do CDC, bem assim do art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. II – Em consonância com o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança. Recurso especial não conhecido. (REsp 181580 / SP - STJ)

3. Ação de Indenização - Código de Defesa do Consumidor - Distinção entre responsabilidade pelo vício do produto e pelo fato do produto - Prazo Decadencial - Exegese do art. 26 do CDC - Vício oculto - Bem não durável - Prazo de 30 dias - Ausência de comprovação de reclamação formal perante a ré-apelante, bem como de sua negativa em indenizar - Agravo retido provido, declarando-se prejudicado o exame das demais questões suscitadas no recurso de apelação. 1. A expressão ‘destinatário final’, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento. 2. Na responsabilidade pelo vício do produto ou serviço, ao contrário do que ocorre com o fato do produto ou serviço regulado pelo art. 12, não há nenhum acidente de consumo. Embora os defeitos de concepção e fabricação do produto ou execução dos serviços que impõem a responsabilização objetiva do fabricante, produtor, construtor e importador sejam os mesmos que autorizam a responsabilidade pelo vício do produto, o consumidor ainda não sofreu nenhum dano físico ou moral decorrente do consumo do bem. O defeito não traz em si potencialidade danosa alguma. 3. Tratando-se de vício do produto (art. 18 do CDC), não

O Código de Defesa do Consumidor apresenta uma das regulamentações mais modernas do mundo, propondo-se a proteger de forma eficaz os direitos da parte mais vulnerável, qual seja, o consumidor. É de se destacar que a coibição de abusos somente foi alcançada pelo legislador quando ele adotou a responsabilização objetiva do fornecedor, baseada, portanto, no risco da atividade.

Claro está que as disposições atinentes à responsabilização do fornecedor aplicam-se somente quando o consumidor sofrer efetivamente o dano, a despeito de todas as iniciativas preventivas adotadas pelo legislador quanto à inibição da ocorrência do dano.

Assim, são características do sistema de responsabilização adotado pelo Código de Defesa do Consumidor:

- (i) responsabilidade objetiva;
- (ii) a solidariedade entre os agentes causadores;
- (iii) a indenização integral;
- (iv) a cumulatividade indenizatória; e
- (v) a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, se houver verossimilhança e hipossuficiência.

Para o adequado desenvolvimento deste tema faz-se necessário um breve estudo acerca do histórico da responsabilidade civil e o desenvolvimento da responsabilidade objetiva.

há falar em prescrição quinquenal, mas sim, em decadência do direito do consumidor em reclamar, nos termos do art. 26 do CDC. 4. O art. 27 do mesmo diploma legal cuida somente das hipóteses em que estão presentes vícios de qualidade do produto por insegurança, ou seja, casos em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente, o que não é o caso dos autos. (Processo: 166696000; Origem: Foro Regional de Araucária da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Vara Cível e Anexos; Número do Acórdão: 511; Decisão: Órgão Julgador: 9ª Câmara Cível; Rel. Lauro Augusto Fabricio de Melo; Data de Julgamento: j. 10/03/2005)

#### ■ 4.1. NOÇÕES HISTÓRICAS

Historicamente temos que o dano escapava ao âmbito do Direito, uma vez que a vingança – tanto coletiva quanto individual – era institucionalizada. Essa é uma conclusão amparada pela Lei das XII Tábuas, que preconizava a retaliação.

A responsabilização civil teve grande impulso pela *Lex Aquilia* romana, que trouxe parâmetros mais próximos aos atuais quanto à responsabilização penal e civil. Por esse motivo é que a responsabilidade civil é comumente denominada como responsabilidade aquiliana. Sua reinterpretação no século XVIII e, principalmente, após a Primeira Guerra Mundial, foi fundamental para que a responsabilização civil alcançasse os contornos atuais, de que não há responsabilidade sem culpa (Andrade, 2006, p. 128).

A responsabilidade aquiliana era fundamentada na culpa, sendo que o Código francês a trouxe à égide legal, fixando a necessidade de restabelecer o equilíbrio, patrimonial ou moral, decorrente do dano.

É de se notar que na responsabilidade civil tradicional, a aquiliana, a ocorrência da culpa é fundamental para a determinação do dever de reparação. Desta feita, a culpa origina-se de um ato que deveria não ter ocorrido ou ter ocorrido de forma diferente.

Com o Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade objetiva, que era excepcional no sistema brasileiro de 1916, passou a ser a regra geral. Isso porque:

em se tratando de responsabilidade civil objetiva, não se discute culpa. Discute-se somente a ocorrência do dano e do nexos causal entre este e o ato ou fato causador do dano. (Andrade, 2006, p. 135)

Assim, na responsabilidade civil aquiliana, caso o dano resulte de um fato involuntário, como caso fortuito ou força maior, não haverá

a obrigação de o agente indenizar. As duas situações são consideradas como excludentes de responsabilização e assim se explicam:

- a) caso fortuito – é imprevisível segundo os parâmetros do homem médio; (Gagliano e Pamplona Filho, 2002, p. 291)
- b) força maior – sua característica é a sua inevitabilidade, mesmo sendo sua causa conhecida. (Idem, ibidem, p. 291)

É de se notar que a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço preconizada pelo Código de Defesa do Consumidor é fundamentalmente diferente da responsabilidade aquiliana ora explicada. A verdade é que a responsabilidade aquiliana tradicional, fundada na culpa, não bastava para coibir os abusos perpetrados pelo fornecedor.

Para se entender o porquê desta impossibilidade, basta ter em mente que a produção massificada dos bens de consumo impossibilitou, a princípio, processos de controle de qualidade eficientes. O crescimento desenfreado da atividade econômica com o fim de gerar bens para a recém-nascida sociedade de consumo trouxe consequências desastrosas para o consumidor.

Ocorre, porém, que durante o processo produtivo, mesmo que o fornecedor atue com diligência e perfaça rigoroso controle de qualidade, ainda assim, alguns produtos e serviços acabam entrando no circuito comercial com defeitos que possam vir a causar lesão à saúde, à segurança ou ao patrimônio do consumidor. É de se notar que referidos defeitos não foram intentados pelo fornecedor. Eles ocorreram apesar de toda a diligência do fornecedor. A ocorrência de defeitos é uma consequência da produção em massa. No entanto, não seria justo que o consumidor arcasse com tais danos, sem qualquer tipo de ressarcimento. Em virtude dessa realidade, necessário era encontrar uma forma de ressarcimento ao consumidor, uma vez que a responsabilização tradicional exigia a comprovação da culpa.

A solução encontrada foi a responsabilização objetiva.

Segundo a responsabilização objetiva, aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas vantagens dela decorrentes. Essa é a chamada teoria do *risco criado*, que tem o sentido de atribuir ao fornecedor o dever de reparar danos causados aos consumidores pelo fato de desenvolver determinada atividade potencialmente danosa. A responsabilidade objetiva, então, baseia-se no risco do exercício da atividade. Caio Mário (1990, p. 288) entende que:

o conceito de risco que melhor se adapta às condições da vida social é o que se fixa no fato de que, se alguém põe em funcionamento uma qualquer atividade, responde pelos eventos danosos que esta atividade gera para os indivíduos, independentemente de determinar se em cada caso, isoladamente, o dano é devido à imprudência, à negligência, ou a um erro de conduta, e assim se configura a teoria do risco criado.

Por meio da teoria do risco criado, o fornecedor assume todos os riscos de sua atividade. Claro está que o legislador priorizou a segurança do consumidor a todos os demais aspectos. A colocação do produto no mercado é equiparada, assim, a uma presunção relativa de ilicitude para fins de reparação de danos. Em outras palavras, o fornecedor responderá pelo dano ainda que não tenha agido com culpa ou dolo.

Foi essa a teoria acolhida por nosso legislador como apta a garantir o ressarcimento aos consumidores brasileiros em caso de materialização do dano. Ela é complementar ao dever geral de não causar prejuízo a outrem presente no art. 186 do Código Civil de 2002, bem como ao dever especial de não colocar no mercado produtos e serviços que possam acarretar riscos à saúde e segurança dos consumidores previsto pelos arts. 8º, 9º e 10 do Código de Defesa do Consumidor, já estudados.

Necessário frisar que a adoção da responsabilidade objetiva pelo nosso ordenamento não implica o aniquilamento da responsabilidade

tradicional, baseada na culpa. Esta vigora para vários ramos do Direito. Em relações de consumo, no entanto, a responsabilização objetiva é a regra.

A responsabilidade objetiva apenas leva em conta o *evento danoso*, o *acidente de consumo* e o *nexo causal entre estes*. Uma vez presentes esses elementos, surge a obrigatoriedade de reparação.

Os fundamentos da responsabilidade objetiva são, assim, diferentes dos da responsabilidade subjetiva, como se nota do quadro comparativo abaixo:

<b>Responsabilidade subjetiva</b>	Baseada na ocorrência de culpa ou dolo por ação ou omissão, lesiva a determinada pessoa. A prova da culpa do agente será necessária para que surja o dever de reparar.
<b>Responsabilidade objetiva</b>	Baseada no risco da atividade. A obrigação de indenizar surge, independentemente da conduta culposa ou dolosa do causador do dano, uma vez que bastará a existência do nexo causal entre o prejuízo sofrido pela vítima e a ação do agente.

A responsabilização objetiva é adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. O responsável é, portanto, o fornecedor definido pelo art. 3º do Código. Essa ampla definição do fornecedor é de fundamental importância para a responsabilização, já que fornecedores tanto mediatos como imediatos são responsáveis por defeitos ocasionados pelo fato do produto ou serviço. Dessa forma, para que haja a responsabilização do fornecedor pressupõe-se que:

- haja relação de causalidade entre a existência do defeito do produto/serviço e o evento danoso<sup>4</sup>;

4. Ação de Indenização por Danos Morais – importadora de produtos para venda no mercado

- o defeito existente impeça que o produto/serviço ofereça ao consumidor a segurança dele esperada; e
- os danos sejam gerados tanto por defeitos nos produtos ou serviços, como pelas informações insuficientes ou inadequadas quanto a sua utilização.

Vale lembrar que a necessidade de prova do nexo causal caracteriza o afastamento da teoria do risco integral, ainda que a responsabilização seja lastreada no risco da atividade.

Note-se que o art. 931 do Código Civil corrobora essa responsabilização. Neste sentido (Andrade, 2006, p. 139):

O Código Civil, nesse passo, unificou a regulamentação da responsabilidade civil do fornecedor, ordenando que a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados pelos produtos por ele colocados no mercado será sempre objetiva, seja ou não de consumo a relação jurídica estabelecida.

#### ■ 4.2. O DANO E SUA REPARAÇÃO INTEGRAL

Para Maria Helena Diniz (2004, p. 131), a responsabilidade civil tem uma função essencialmente reparadora ou indenizatória.

O inciso X do art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabeleceu que “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”. No que tange

de consumo – fornecedora presumida – parte passiva legítima – responsabilidade objetiva – aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor – art. 12 – defeito do produto – existência de nexo de causalidade apto a ensejar a responsabilização civil da Ré – cerceamento de defesa pela não realização de prova pericial – inexistência – majoração dos danos morais fixados – impossibilidade – a indenização não pode permitir que o Autor locuplete-se, nem que a Ré tenha a sensação de impunidade frente aos defeitos apresentados por seus produtos. Recurso do autor não provido. Recurso da ré não provido. (Apelação c/ Rev. 1126152006. Órgão julgador: 27ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 25/03/2008)

ao direito de indenização, dispôs da mesma forma o inciso VI do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. A responsabilização do fornecedor, assim, encontra-se em linha com as diretrizes legais supracitadas.

O dano é compreendido como uma lesão a bens juridicamente protegidos como a vida, a liberdade, a saúde, a honra, o nome, a imagem, o crédito comercial e a propriedade. Para a caracterização do dano são necessários dois elementos, quais sejam, o prejuízo e a lesão jurídica. Para Venosa (2003, p. 28):

Somente haverá possibilidade de indenização se o ato ilícito ocasionar dano. Cuida-se, portanto, do dano injusto. Em concepção mais moderna, pode-se entender que expressão dano injusto traduz a mesma noção de lesão a um interesse, expressão que se torna mais própria modernamente, tendo em vista o vulto que tomou a responsabilidade civil.

Dessa feita, aquele que ocasiona um dano deve suportar as suas consequências, de forma a reequilibrar a relação social, uma vez que a ocorrência de um dano provoca um desequilíbrio nas relações jurídico-sociais.

A reparação ao consumidor deve ser efetiva, vale dizer, o consumidor deve ser reintegrado ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Assim, o consumidor deve ser ressarcido não só em razão de seu patrimônio, mas também, por sua tranquilidade.

No que tange à reparação de danos patrimoniais e morais sofridos pelo consumidor, o Código de Defesa do Consumidor não estabeleceu parâmetros de indenização, deixando o valor a ser fixado pelo juiz quando do julgamento da lide, muito embora tenha previsto a redução equitativa da indenização na medida da culpabilidade do fornecedor.

É de se destacar que o nosso legislador previu, expressamente, o ressarcimento dos danos morais<sup>5</sup>, ainda que na prática nem sempre haja indenização pelos danos morais sofridos.

A reparação dos danos extrapatrimoniais resultantes de acidentes de consumo é um sério problema enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência. Ressalte-se, no entanto, que a dúvida quanto à possibilidade de cumulação de danos patrimoniais e morais foi dirimida pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>. O problema surge quando o acidente de consumo provoca danos morais de pequena monta, como aborrecimentos ou contratempos. Alguns fatos da vida não ultrapassam a fronteira dos meros aborrecimentos ou contratempos, como, por exemplo, a inserção do nome do consumidor no cadastro Serasa de devedores duvidosos. Caracterizariam tais contratempos

5. Civil. Processual Civil. Recurso Especial. Direito do Consumidor. Veículo com defeito. Responsabilidade do fornecedor. Indenização. Danos morais. Valor indenizatório. Redução do *quantum*. Precedentes desta corte. 1. Aplicável à hipótese a legislação consumerista. O fato de o recorrido adquirir o veículo para uso comercial – táxi – não afasta a sua condição de hipossuficiente na relação com a empresa-recorrente, ensejando a aplicação das normas protetivas do CDC. 2. Verifica-se, *in casu*, que se trata de defeito relativo à falha na segurança, de caso em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente (defeito na mangueira de alimentação de combustível do veículo, propiciando vazamento causador do incêndio). Aplicação da regra do art. 27 do CDC. 3. O Tribunal *a quo*, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, entendeu que o defeito fora publicamente reconhecido pela recorrente, ao proceder ao “recall” com vistas à substituição da mangueira de alimentação do combustível. A pretendida reversão do *decisum* recorrido demanda reexame de provas analisadas nas instâncias ordinárias. Óbice da Súmula 07/STJ. 4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que “quanto ao dano moral, não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se a condenação” (Cf. AGA 356.447-RJ, DJ 11.06.01). 5. Consideradas as peculiaridades do caso em questão e os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal *a quo*, a título de danos morais, em 100 (cem) salários mínimos, mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução a quantia certa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 6. Recurso conhecido parcialmente e, nesta parte, provido.” (REsp 575.469-RJ)

6. STJ, Súmula 37; “São cumuláveis as indenizações por danos material e moral oriundos do mesmo fato”.



danos morais? É nosso entendimento que sim, muito embora a doutrina não seja pacífica, o mesmo ocorrendo com a jurisprudência<sup>7-8</sup>. Vale lembrar, ainda, a Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça, abaixo transcrita:

Súmula 385 – Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

7. Cível. Processual civil. Recurso especial. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Dano moral. Ocorrência. Aplicação do CDC. Súmula 297/STJ. Inversão do ônus da prova. Reexame de fatos e provas. Súmula 07/STJ. Indenização. Valor excessivo. Redução. 1. As instâncias ordinárias concluíram que, comprovadamente, o banco-recorrente promoveu a inscrição negativa do autor, após devolver indevidamente cheque da correntista, configurando-se, assim, o dano moral. Rever tais conclusões demandaria revolvimento de fatos e provas. Óbice da Súmula 07/STJ. 2. Consoante entendimento consolidado nesta Corte, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos firmados pelas instituições financeiras. Incidência da Súmula 297/STJ. 3. A inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, conforme apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao acervo fático-probatório delineado nas instâncias ordinárias. *In casu*, restou comprovado pelo Acórdão “a condição de hipossuficiente da apelada”. Destarte, seu reexame é vedado em sede especial, nos termos da Súmula 07/STJ. 4. O montante indenizatório arbitrado pelo Tribunal, em valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos, mostra-se excessivo. Observados os parâmetros adotados nesta Corte em casos assemelhados, e com o fito de assegurar ao lesado justa reparação, sem incorrer em enriquecimento sem causa, reduzo o valor indenizatório, fixando-o na quantia certa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais). 5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

8. Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2ª T., Agr. Reg. 196.379/RJ, Rel Min. Marco Aurélio, Acórdão de 23/03/1998, Diário da Justiça, Brasília, 24/04/1998, p. 0005, Ement. V., 1907, p. 395: “Indenização. Dano moral. Extravio de mala em viagem aérea. Convenção de Varsóvia. Longe fica de vulnerar o art. 5º, inciso II e § 2º, decisão mediante a qual, a partir do disposto nos incisos V e X nele contidos, ‘é reconhecido o direito à indenização por dano moral decorrente de atraso em voo e perda de conexão’. Precedente: Recurso Extraordinário nº 172.720-9, Segunda Turma, Diário da Justiça de 21 de fevereiro de 1997”.

## 5

# Responsabilidade pelo fato do produto ou serviço

**C**OMO visto, a responsabilidade pelo fato do produto ou serviço é a mais grave forma de responsabilização prevista pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor.

Vale dizer, aqui se inserem os acidentes de consumo que atingem o consumidor em sua segurança e incolumidade física. Claro está que, nos termos do art. 17, o consumidor para este fim será toda e qualquer vítima do evento, equiparando-se aos consumidores. Para a configuração da responsabilidade, a vítima não precisa ser parte da cadeia de circulação econômica ou jurídica do produto ou serviço, podendo meramente ter sido exposta aos efeitos do seu campo de periculosidade.

Claro que para que ocorra a responsabilização é necessária a existência de um defeito, como passamos a verificar.

## 5.1. O DEFEITO DO PRODUTO

(...) um produto ou serviço é defeituoso quando não corresponde à legítima expectativa do consumidor a respeito de sua utilização ou fruição, vale dizer, quando a desconformidade do produto ou serviço compromete a sua prestabilidade ou servibilidade. (Grinover, 2004, p. 176)

Identificar qual o defeito do produto nem sempre é fácil, pois que o defeito pode ser do próprio produto ou pode decorrer da falta de informações adequadas sobre a sua utilização.

No entanto, deve haver relação de causalidade entre o defeito e o dano<sup>1</sup>.

Ademais, muitas vezes um produto acaba substituído por outro, não em decorrência da apresentação de qualquer defeito mas, tão somente, da evolução tecnológica. Em virtude disso, o legislador traçou, no § 1º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, alguns parâmetros que devem ser observados antes da alegação de defeito do produto.

1. "Responsabilidade Civil - Veículo equipado com *air bag* - Não acionamento do dispositivo de segurança - Alegação de fato do produto, causador de danos morais e estéticos - Responsabilidade objetiva da montadora - CDC, art. 12, 'caput' - Necessidade de os consumidores demonstrarem o nexo de causalidade entre os alegados danos e a eventual falha no equipamento - Rompido o nexo causal, inexistente o dever de indenizar - Inversão dos ônus de sucumbência. I. A facilitação da defesa do consumidor prevista pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, de forma alguma deve conduzir a imposição de uma obrigação impossível ao fornecedor que requereu a produção de perícia técnica e arcou com suas despesas, tendo sua prova frustrada pela transferência de propriedade do veículo acidentado a terceira pessoa, residente em outro estado da federação. II. O Código de Defesa do Consumidor, ao prever causas excludentes da responsabilidade pelo fato do produto, afastou a teoria do risco integral, motivo pelo qual se afirma a necessidade de demonstração, pelo consumidor, ao menos do nexo de causalidade, já que, inexistente o nexo, por via de consequência, inexistente também o dever de indenizar. III. O dano estético apontado pelos autores não tem qualquer relação com o não acionamento do *air bag*, já que este (acionamento) poderia eventualmente ter ocorrido apenas num momento posterior àquele que causou os ferimentos. IV. Se os apelados efetivamente sofreram algum dano moral, tal abalo não adveio da relação de consumo em si, mas de fatos e circunstâncias - alheias ao veículo produzido pela apelante ou qualquer de seus componentes - que levaram o condutor a colidir com a parte traseira do caminhão que trafegava a sua frente. (Ocorrência número 238/2272 - Íntegra do acórdão; Processo: 154572400; Origem: Curitiba - 20ª Vara Cível; Número do Acórdão: 13478; Decisão: Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível; Relator: Francisco Rabello Filho; Data de Julgamento: Julg: 10/11/2004. Decisão: Acordam os integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator)."

Os defeitos do produto podem ser divididos em:

<b>Defeitos juridicamente relevantes para responsabilidade civil</b>	Aqueles dispostos no <i>caput</i> do art. 12.
<b>Defeitos juridicamente irrelevantes para responsabilidade civil</b>	Aquelas imperfeições oriundas do caso fortuito ou força maior, o desgaste natural, bem como do risco do desenvolvimento.

Os beneficiários da indenização são todos aqueles que suportarem os danos, inclusive, terceiros.

Os defeitos podem ser:

<b>De criação ou concepção</b>	Ocorre quando o defeito está na própria formulação do produto, resultante da matéria prima utilizada ou do projeto tecnológico <sup>2</sup> . É irremediável.
<b>De produção</b>	A falha decorreu do próprio processo produtivo, seja em qual fase for <sup>3</sup> .
<b>De informação (ou de comercialização)</b>	Quando ocorre informação inadequada ou insuficiente sobre a utilização do produto (e os riscos que os revestem) <sup>4</sup> ou defeito no acondicionamento do produto.

2. Responsabilidade Civil - Fabricante - Fornecimento de produto - Periculosidade adquirida - Risco Imprevisível - Defeito de produto - Explosão de garrafa de refrigerante gaseificada. O fabricante de refrigerante gaseificado acondicionado em garrafa responde pelos danos ao consumidor decorrentes da sua explosão em razão da ausência de informação quanto à possibilidade deste risco em caso de manutenção inadequada. O defeito do produto se deve o fato de que a periculosidade, no caso, desborda da expectativa legítima do consumidor (TJRS - 5ª Câmara Cível - ApCiv 595124314 - rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza - j. 28/9/1995).

3. Idem.

4. Indenizatória - Responsabilidade por fato do produto - Produto sem as informações necessárias para o uso - Defeito de comercialização. O vendedor que introduz coisa perigosa no mercado responde pelos danos causados aos consumidores. Recurso provido em parte (TJRS - 5ª Câmara Cível - ApCiv 598531549 - Rel. Des. Clarindo Favretto - j. 12/08/1999).

É relevante que – em face do defeito – o produto não ofereça a segurança que seria de esperar-se dele. Claro está que esta análise deve abranger outros fatores, entre os quais são de se citar: apresentação, uso e riscos normais e previsíveis, bem como a época em que o produto foi colocado em circulação.

A expectativa de segurança do produto deve ser sempre analisada à luz da época em que este foi colocado no mercado de consumo. Assim, deve ser verificado o estado da ciência na época, para saber se o problema apresentado pelo produto caracteriza-se como um defeito. Em verdade, interessa saber se à época da circulação do produto foi fornecida toda a segurança esperada e que se podia fornecer. Um exemplo prático diz respeito a automóveis. Nos tempos atuais eles possuem um tipo de freio ABS, extremamente seguro, o que não existia 10 anos atrás. O mesmo raciocínio aplica-se aos *air bags* atualmente existentes na maioria dos automóveis.

Assim, o fato de um novo produto tecnologicamente superior haver sido colocado no mercado de consumo não cria a presunção de defeito. Essa é a previsão constante do § 2º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor.

### ■ 5.2. TEORIA DO RISCO DO DESENVOLVIMENTO

O risco do desenvolvimento é aquele que não pode ser identificado quando da colocação do produto no mercado em função de uma impossibilidade científica e técnica, somente sendo descoberto depois de algum tempo de uso do produto. (Densa, 2006, p. 51)

É de se salientar que esta teoria não foi adotada expressamente pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor, o que criou posições doutrinárias divergentes. Note-se, no entanto, que parece predominar a corrente de que, independentemente do risco do desenvolvimento, o fornecedor deve, sim, indenizar.

### ■ 5.3. O FORNECEDOR DO PRODUTO

O conceito de fornecedor já foi estudado amplamente no presente trabalho e sabemos que é bastante amplo. Este conceito, no entanto, é de suma importância para a questão da responsabilização, já que será o fornecedor o responsável pela reparação dos danos sofridos pela vítima.

Mas quem será o fornecedor na longa cadeia econômico-jurídica de circulação dos produtos? Serão todos aqueles que participaram da cadeia, com exceção do destinatário final. O quadro abaixo resume esta questão:

<b>Responsabilidade objetiva do fornecedor</b>	Independente da presença de culpa	Extensiva ao fabricante, produtor, construtor e importador
<b>Responsabilidade subsidiária do comerciante</b>	Aplica-se somente em algumas hipóteses:	<ul style="list-style-type: none"> <li>- O fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados</li> <li>- O produto for fornecido sem identificação clara de seu fabricante, produtor, construtor ou importador.</li> <li>- Não conservar adequadamente o produto perecível</li> </ul>
<b>Direito de regresso</b>	Pode ser exercido após ressarcimento ao consumidor	Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação no evento danoso

Assim, basta que o fornecedor de produtos e/ou serviços venha a praticar uma das atividades mencionadas pelo art. 3º para sofrer a incidência da responsabilização prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Desta forma, tanto o fornecedor direto quanto o indireto podem ser responsabilizados por eventual dano causado. Note-se, inclusive, que a vítima, muitas vezes, não mantém relação jurídica com o fornecedor originário. Ainda assim, deverá este fornecedor ser responsabilizado, a menos que se encontrem presentes causas de isenção de responsabilidade.

É necessário esclarecer que no modelo clássico de responsabilidade civil, o dever de pagar é somente do contratante responsável pelo prejuízo. No entanto, devido ao surgimento dos contratos em massa, houve a necessidade de readequação desse modelo, o que culminou na responsabilidade objetiva que atinge a todos os integrantes da cadeia econômico-jurídica de circulação do produto, excluído o destinatário final. Ou seja, essa responsabilização atinge fornecedores diretos e indiretos.

A seguir efetuaremos a distinção entre o fornecedor imediato (direto) e o mediato (indireto) para fins de fixação da responsabilidade pelo fato do produto.

Conforme se verá, temos que nos termos do § 3º do art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilização objetiva adotada pelo Código de Defesa do Consumidor permite a isenção de responsabilidade, conforme se verá.

#### ■ 5.3.1. Fornecedor imediato

**Fornecedor Imediato** é aquele que se relaciona diretamente com o destinatário final dos produtos. Normalmente, não interfere nos produtos que comercializa, já que os recebe prontos para a venda ao consumidor, sem possibilidade de testá-los ou de detectar eventuais defeitos ocultos. É, em outras palavras, o comerciante.

A responsabilidade do comerciante não é a mesma dos fornecedores mediatos que colocaram o produto no mercado. Isso porque o

comerciante não tem nenhuma interferência nos aspectos intrínsecos ao produto colocado em circulação. Muitas vezes o comerciante não tem nem mesmo a possibilidade de verificar a ocorrência do defeito, pois que o produto que será por ele comercializado foi recebido em embalagem própria. Por essa razão, sua responsabilização é subsidiária. Assim, o comerciante somente será responsável quando for difícil ou impossível a responsabilização do fabricante ou quando der causa ao defeito.

Assim, nos termos do art. 13 do Código de Defesa do Consumidor, somente em 3 (três) casos o comerciante responderá de forma direta pelo dano causado:

- (i) impossibilidade absoluta de identificação do fabricante, do produtor, do construtor ou do importador;
- (ii) falta de identificação suficiente do fabricante, produtor, construtor ou importador; e
- (iii) não conservação adequada dos produtos perecíveis.

Nos dois primeiros casos, a responsabilidade do fornecedor imediato decorre da violação do seu dever de informar ao consumidor o nome e qualificação do fornecedor indireto previsto no inciso III do art. 4º do CDC.

Na hipótese prevista em (iii), *supra*, há a responsabilização direta do fornecedor imediato, e não do fornecedor mediato, que, entretanto, poderá responder solidariamente se houver concorrido para a ocorrência do dano, conforme o parágrafo único do art. 7º do CDC.

Fora dos casos acima mencionados, a responsabilidade do comerciante será subsidiária, nos termos do art. 13 do CDC.

Portanto, somente quando inexistir informação sobre fabricante, construtor, produtor ou importador, bem como quando o fato se dever

exclusivamente ao comerciante, este será diretamente responsável pelos danos causados ao consumidor.

#### ■ 5.3.2. Fornecedor mediato

Fornecedor mediato é aquele que integra a cadeia econômico-jurídica de circulação dos produtos sem, no entanto, manter relação direta com o destinatário final.

A responsabilização daquele que não integrou a relação contratual com o destinatário final decorre da absoluta necessidade de ressarcir a vítima de acidentes de consumo. Mesmo porque o fornecedor indireto foi, sem dúvida, responsável pela colocação do produto no mercado.

Podem ser fornecedores mediatos o fabricante, o produtor, o construtor nacional ou estrangeiro e/ou o importador. Ou seja, o fornecedor mediato perfaz todas as atividades, excluída a atividade de vender o produto ao destinatário final, sendo essa última atividade privativa do fornecedor imediato, qual seja, o comerciante. Neste sentido (Almeida, 2003, p. 62):

estando perfeitamente individualizada a responsabilidade do fornecedor pela colocação do produto no circuito comercial, não há que se falar em responsabilidade do comerciante, a pessoa ou empresa que vendeu ou fez a entrega do produto ao consumidor, porque ela, no quadro atual, nenhuma interferência tem em relação aos aspectos intrínsecos de produtos que comercializa, já que os recebe embalados e sem possibilidade de testá-los ou de detectar eventuais defeitos ocultos. Só por esta razão está justificada a exclusão do comerciante da cadeia de responsabilidade.

A menos que exista alguma situação de isenção de responsabilidade, há solidariedade entre os fornecedores mediatos pelo ressarcimento dos danos sofridos pelo consumidor em razão de fato do produto.

#### ■ 5.4. Responsabilidade pelo Fato do Serviço

O art. 14 do Código de Defesa do Consumidor previu a responsabilidade pelo fato do serviço. Nota-se que à responsabilização pelo fato do *serviço* aplicam-se as mesmas regras atinentes à responsabilização pelo fato do *produto* até aqui estudadas.

É certo, também, que o fornecedor de serviços possui responsabilidade objetiva, lastreada, portanto, no risco da atividade. A única exceção diz respeito à classe dos profissionais liberais, como se pode observar no item seguinte.

Também para o fornecedor dos serviços, há casos de isenção de responsabilização, previstos no § 3º do art. 14. Assim, se não existir defeito no serviço prestado ou se houver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não poderá ser o fornecedor de serviços responsabilizado.

Quanto à responsabilidade por fato do serviço, podemos citar o prestador de serviços de dedetização, que, além de prestar seu serviço com desídia, mistura o produto de forma errada, causando intoxicação. Ou mesmo que não passa as instruções corretas quanto a abrir as janelas ou evacuar a casa por período mínimo de horas.

##### ■ 5.4.1. Responsabilidade do profissional liberal

Nos termos do § 4º do art. 14 do CDC, a sistematização da responsabilidade objetiva da legislação consumerista é excepcionada no que tange ao profissional liberal.

Para a responsabilização de profissionais liberais é imprescindível a existência de culpa por parte dos prestadores do serviço. Aqui vale a regra da responsabilidade subjetiva.

Como se sabe, profissionais liberais não possuem a obrigação de se comprometer com o resultado. Diz-se, normalmente, que profissionais liberais possuem obrigação de meio e não de fim. Isso quer dizer

que eles tão somente se obrigam a envidarem seus melhores esforços para que o fim visado por seu cliente seja alcançado, seja tal fim um implante dentário, um procedimento cirúrgico ou a elaboração de um contrato que proteja os direitos de seu cliente.

Segundo Cláudia Lima Marques (2006, p. 1168):

Se a obrigação é de meio (por exemplo um tratamento médico, uma cirurgia), só se pode exigir que o fornecedor preste um serviço adequado para os fins que *razoavelmente dele se esperam* (salas de cirurgia com material necessário, limpas, preparadas para emergências, ou um tratamento médico com remédios e exames normais para aquele caso), mas não se pode exigir que o serviço alcance um determinado resultado (cura do paciente ou evitar a sua morte).

Discussão há no que tange à responsabilização do cirurgião plástico, uma vez que parte da doutrina entende que este profissional médico, em verdade, assume uma obrigação de fim e não de meio. Desta feita, o que realmente interessa é o resultado da atividade do profissional médico. Para esta parte da doutrina, a responsabilidade do cirurgião plástico seria independente de culpa.

Caso diferente é o do hospital, uma vez que este estabelecimento responderá objetivamente.

Assim, a profissionais liberais não se aplica a inversão do ônus da prova no que tange à alegada culpa deste profissional. Note-se, no entanto, que a inversão do ônus da prova poderá ocorrer em relação à ocorrência do fato objetivo e ao relacionamento causal existente entre o fato e o dano ocorrente.

#### ■ 5.4.2. Exclusão da responsabilidade do fornecedor

O fornecedor não será responsabilizado pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos nas hipóteses abaixo:



- a) *caso não tenha colocado o produto no mercado*: é necessário que a colocação do produto no mercado tenha sido efetuada pelo fornecedor;
- b) *inocorrência de dano*: o prejuízo só será passível de indenização na comprovação de ocorrência de dano causado ao consumidor, o que abrange tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes;
- c) *culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*<sup>5</sup>: nesta hipótese o fornecedor não poderá vir a ser responsabilizado. Destaque-se que se a culpa for concorrente, haverá, sim, a responsabilização.

Grande dúvida há sobre a possibilidade de o fornecedor alegar a ocorrência de caso fortuito ou de força maior para isentar-se de responsabilidade por danos causados ao consumidor. Nota-se que o legislador do Código de Defesa do Consumidor omitiu-se em prever estas hipóteses de isenção de responsabilidade. A doutrina, desta feita, diverge a respeito também nesta questão. Há, no entanto, uma tendência de isentar-se o fornecedor de responsabilidade nestes casos. Isso nos parece, sem dúvida, correto, pois que a ocorrência do caso fortuito ou da força maior quebra a relação de causalidade entre o evento danoso e a utilização do produto.

5. Decisão: acordam os desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, em dar provimento ao recurso de apelação, de acordo com o voto do relator. Responsabilidade civil. Dano moral. Instituição financeira que paga cheque adulterado. Inexistência de repercussão moral. Imperceptível alteração do valor. Culpa exclusiva de terceiro. Art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor. Isenção de responsabilidade do fornecedor. Recurso provido. 1. O pagamento pelo banco de cheque com valor adulterado, por si só, não causa dano moral ao emitente do cheque, haja vista a inexistência de repercussão na vida social do emitente ou ofensa aos direitos da personalidade. 2. Ademais, inexistindo culpa do banco, mas dolo de terceiro, há a isenção de responsabilidade da instituição financeira, em conformidade com o art. 14, § 3º, II, do Código de Defesa do Consumidor (Processo: 166594100; Origem: Guarapuava – 1ª Vara Cível; Número do Acórdão: 13261; Decisão: Órgão Julgador: 5ª Câmara Cível; Relator: Domingos Ramina; j. 07/12/2004)”.  
PARTE I

Entretanto, o fornecedor só poderá alegar a isenção de responsabilidade nos casos previstos, sendo essa a sua única matéria de prova. A alegação de caso fortuito e de força maior deverá, claro, ser efetuada, mas a sua aceitação não é mansa e pacífica.

O legislador proibiu, inclusive, as cláusulas limitadoras de responsabilização do fornecedor pelo art. 25 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, são proibidas cláusulas que vedem, exonerem, impossibilitem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor<sup>6</sup>.

Frise-se que, caso o evento danoso decorra de atos praticados por preposto ou empregado do fornecedor, ainda assim haverá a responsabilização do fornecedor, nos termos do art. 34 do CDC. Claro está que nestas hipóteses o fornecedor poderá exercer o seu direito de regresso em face do preposto ou empregado em questão.

Por fim, deve ser mencionado que apesar de não constarem do texto legal, tanto o caso fortuito como a força maior são considerados como excludentes de responsabilização pela doutrina e pela jurisprudência.

6. Decisão: acordam os desembargadores integrantes do III grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, na forma do voto do relator. "Embargos infringentes - Divergência sobre a possibilidade de revisão de contrato pago - Possibilidade sob pena de incentivar o inadimplemento - Divergência sobre aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a contratos bancários - Reconhecimento da relação de consumo - Incidência do art. 25, § 1º, do CDC para limitar a multa moratória em 2% - divergência quanto aos juros moratórios e remuneratórios aplicáveis às cédulas de crédito industrial. Cédulas de crédito industrial se sujeitam ao Decreto-lei 413/69 e não à Lei nº 4.595/1964. Acerto do voto vencido ao limitar os juros moratórios em 1% ao mês e os juros remuneratórios em 0,5% ao mês. Embargos infringentes conhecidos e providos. (Processo: 108825101; Origem: Curitiba - 12ª Vara Cível; Número do Acórdão: 1278; Decisão: Por Maioria; Órgão Julgador: III Grupo de Câmaras Cíveis; Relator: Eraclis Messias; j. 05/02/2004)."

## 6

### Responsabilidade pelo vício do produto e do serviço

**C**ONFORME já estudado, a responsabilidade pelo vício do produto ou serviço é a forma mais suave de responsabilização prevista pelo legislador do Código de Defesa do Consumidor.

Esta responsabilidade atinge o consumidor em seu patrimônio e não em sua segurança ou incolumidade física.

Necessário esclarecer que, por falta de expressa previsão no art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina questiona se esse tipo de responsabilização do fornecedor é lastreada na culpa ou no risco da atividade. Em outras palavras, será a responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço objetiva ou subjetiva? Socorrer-nos-emos, novamente, das palavras de Ronaldo Alves (2006, p. 193):

Pensamos que a responsabilidade civil do fornecedor por vício do produto é objetiva, pois muito embora o CDC assim não estabeleça explicitamente, a exemplo da redação que deu ao seu art. 12, o microsistema do CDC adotou como regra geral a responsabilidade objetiva, admitindo a responsabilidade subjetiva somente em caráter excepcional, como procedeu em relação à responsabilidade subjetiva do profissional liberal, quando expressamente fixou no art. 14 § 6º, a responsabilidade subjetiva.

Entendemos, assim, que a responsabilidade pelo vício é objetiva e decorre do inadimplemento do contrato de consumo por parte do fornecedor, não sendo necessária a ocorrência do dano efetivo ao consumidor.

Deve restar esclarecido que os vícios tornam os produtos ou serviços impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, diminuindo-lhes o valor e frustrando as expectativas do consumidor. No entanto, o vício pelo produto ou serviço não atinge a segurança ou a incolumidade física do consumidor.

São exemplos de vícios a disparidade com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza.

A responsabilidade pelo vício pode atingir produtos ou serviços, podendo os vícios ser ocultos ou aparentes.

Nos termos do art. 23 do Código de Defesa do Consumidor, a ignorância do fornecedor acerca dos vícios de qualidade ou de quantidade não o eximem de responsabilidade, o que evidencia, mais uma vez, que o critério de responsabilização do fornecedor obedece à objetivação e não à subjetivação.

### 6.1. VÍCIO DO PRODUTO

Nos termos dos arts. 18 e 19 do Código de Defesa do Consumidor,

os vícios do produto podem ser de qualidade ou de quantidade, conforme tabela abaixo:

<b>Vícios de qualidade</b>	São características que tornam o produto impróprio ou inadequado ao consumo a que se destinam, ou diminuem o seu valor. Também constitui vício do produto a disparidade entre produto e as indicações do recipiente, embalagem, mensagem publicitária ou do que dele normalmente se espera.
<b>Vícios de quantidade</b>	Caracterizam-se pela divergência quanto ao peso, tamanho ou volume do produto em relação às indicações constantes na embalagem ou mensagem publicitária, o que gera o dever do fornecedor de ressarcir os prejuízos experimentados pelo consumidor.

Claro está que é permitido que o fornecedor comercialize produtos com vícios, desde que o consumidor seja expressamente avisado acerca de tal fato. Exemplo desta prática é a venda de peças de vestuário com aviso sobre a existência de “peças com defeito de fábrica”.

Assim, deve o fornecedor atentar para que os produtos por ele colocados no mercado sejam de qualidade e dentro de suas especificações, sem qualquer tipo de vício. Se assim não o fizer, responderá pelos prejuízos causados ao consumidor, inclusive criminalmente<sup>1</sup>.

1. Recurso de *Habeas Corpus* interposto contra decisão denegatória proferida pelo Superior Tribunal de Justiça. Pretensão ao trancamento de ação penal por infração aos arts. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990 c/c o art. 16, § 6º, da Lei nº 8.078/1990. Exposição à venda de mercadoria com prazo de validade vencido. A tipificação da figura penal definida no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/1990, por ser norma penal em branco, foi adequadamente preenchida pelo art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que define como impróprio ao uso e consumo produto cujo prazo de validade esteja vencido. A exposição à venda de produto em condições impróprias ao consumo já configura o delito, que é formal e de mera conduta, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material. Recurso de *Habeas Corpus* improvido (RHC nº 80090-SP; Recurso em *Habeas Corpus*; Relator(a): Min. Ilmar Galvão; j. 09/05/2000; Órgão Julgador: Primeira Turma; DJ 16/06/2000, p. 44 Ement. Vol-01995-02 p. 284.)”



Todavia, é importante ressaltar que a responsabilidade por vício do produto ou serviço representa uma evolução da responsabilidade por vícios redibitórios<sup>2</sup>, segundo a qual o alienante responde perante o adquirente, sem ter agido com culpa.

Esse progresso pode ser constatado principalmente no fato de que, antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, não se falava em vício redibitório na *prestação de serviço*, mas tão somente, na coisa recebida em virtude de contrato comutativo, pressupondo-se o fornecimento de um produto.

Ademais, a responsabilização por vícios redibitórios abrange tão somente vícios ocultos. Em contrapartida, na responsabilidade pelo vício do produto, os referidos vícios poderão ser ocultos ou aparentes. A responsabilização do Código de Defesa do Consumidor é, assim, mais extensa do que a prevista pelo Código Civil. A diferenciação entre os vícios ocultos e os vícios aparentes consta da tabela abaixo:

<b>Vício oculto</b>	Difícil constatação. Para conhecê-lo, deverá o consumidor utilizar efetivamente o produto.
<b>Vício aparente</b>	Fácil constatação, independentemente mesmo da utilização do produto para sua constatação.

Deve-se destacar, ainda, que qualquer tipo de isenção de responsabilidade pelo vício por parte do fornecedor é terminantemente proibida, nos termos do art. 24 do Código de Defesa do Consumidor.

Tanto na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço (acidente de consumo), quanto na responsabilidade pelo vício do produto e do

2. Estabelecida nos arts. 1.101 a 1.117 do Código Civil de 1916 e repetida nos arts. 441 a 446 do Código Civil de 2002.

serviço (quantidade, qualidade), a reparação do dano deve ser integral.

É de se destacar que o produto, às vezes, não ostenta vício de qualidade, mas é fornecido com informações “*insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos*”, como dispõe o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor, ocasionando danos ao consumidor ou a terceiros, e que devem ser induzidas pelo fornecedor.

Portanto, além dos vícios de qualidade, os vícios de informação podem ocasionar acidentes de consumo passíveis de indenização, se as instruções relativas à utilização do produto ou à fruição do serviço não o acompanharem ou pecarem pela falta de clareza e precisão.

Claro que, em não havendo o vício, não há obrigatoriedade de indenizar<sup>3</sup>.

## ■ 6.2. RESPONSÁVEL PELO VÍCIO DO PRODUTO

No que tange à responsabilidade pelo vício do produto, regulada nos arts. 18 a 25 do Código de Defesa do Consumidor, os fornecedores de produtos ou serviços respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade, independentemente da verificação da culpa, conquanto a lei não o mencione expressamente.

Não há na responsabilidade do vício a diferenciação de responsabilidade entre fornecedores mediatos e imediatos, como há na responsabilidade pelo fato do produto.

3. Decisão: Acordam os Desembargadores integrantes da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer e negar provimento ao recurso interposto. “Apelação Cível – Ação Cominatória Cumulada com Reparação de Danos Morais – Apelo objetivando a nulidade da sentença ao argumento de que se configura ‘*ultra petita*’ – Inocorrência do apontado vício – Aquisição de produto com defeito – Abatimento do preço – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor (art. 18, § 1, III) – Dano Moral não configurado – Sentença escoreta – Recurso conhecido e desprovido. (Processo: 160158100; Origem: Curitiba; 12ª Vara Cível; Número do Acórdão: 14159; Decisão: Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível; Relator: Milani de Moura; j. 06/04/2005).”

Há, assim, a solidariedade entre todos os fornecedores que participaram da cadeia econômica de colocação do produto no mercado de consumo. Após a reparação do dano, poderão os fornecedores exercer o direito de regresso entre eles.

Já no caso do produto *in natura*, dispõe o § 5º do art. 18 do Código de Defesa do Consumidor que a responsabilidade pela substituição caberá ao fornecedor imediato, qual seja, o comerciante. Conforme Zelmo Denari (Grinover, 2004, p. 209), há ressalva da responsabilidade do produtor, quando ele puder ser identificado, muito embora tal ressalva só prevaleça se o comerciante demonstrar que o perecimento do produto pode ser imputável ao próprio produtor.

### ■ 6.3. SANÇÕES PARA O VÍCIO DE QUALIDADE

Na hipótese de vício de qualidade do produto, a responsabilidade do comerciante é solidária, ou seja, o comerciante responde com todos os envolvidos na cadeia produtiva e distributiva. Assim, conforme o art. 18, § 1º, não sendo o vício sanado no prazo de 30 dias contados da notificação do consumidor, poderá o consumidor exigir alternativamente e à sua escolha:

- a) a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
- b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ou;
- c) o abatimento proporcional do preço.

Este prazo de 30 (trinta) dias para reparação do dano pode ser reduzido para 7 (sete) dias ou expandido para 180 (cento e oitenta) dias, desde que o consumidor seja especificamente comunicado acerca destas alterações. No entanto, deve restar claro que o prazo para

reparação do dano é um direito do fornecedor, sendo que, antes que se abra ao fornecedor a possibilidade de repará-lo, o consumidor não poderá exercer as suas opções.

No hipótese de o produto vir a ser essencial ao consumidor ou, ainda, se o vício for essencial, somente nestes casos o consumidor poderá efetuar a escolha dentre as sanções que cabem ao fornecedor sem que se abra a oportunidade de reparação do vício. Para Ronaldo Alves (2006, p. 197):

se o vício for muito extenso e a substituição das partes viciadas comprometer a qualidade do produto, diminuir-lhe o valor, ou se se tratar de produto essencial, o consumidor poderá, de imediato, lançar mão de qualquer das alternativas mencionadas anteriormente.

A escolha da sanção, assim, caberá ao consumidor, sendo que uma vez efetuada a escolha pelo consumidor, o fornecedor não poderá isentar-se de honrá-la.

### ■ 6.4. SANÇÕES PARA O VÍCIO DE QUANTIDADE

Já em caso de vício de quantidade do produto, as escolhas que se abrem são as seguintes:

- a) o abatimento proporcional do preço;
- b) a complementação do peso ou medida;
- c) a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;
- d) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

Neste caso, a responsabilidade caberá ao comerciante quando a pesagem ou medida for por ele efetuada.

É de se destacar, por fim, que, em sendo um vício de quantidade, não há prazo assinalado para a reparação do vício do fornecedor, sendo certo que a escolha do consumidor deverá ser efetivada e honrada pelo fornecedor de forma imediata.

### ■ 6.5. VÍCIOS DO SERVIÇO

Os vícios do serviço são regulados pelo art. 20 do Código de Defesa do Consumidor.

Os serviços são viciados sempre que apresentarem imperfeições que venham a frustrar as expectativas do consumidor por sua inadequação ou não observância de normas ou de sua oferta.

Em face da existência de vício do serviço, abrem-se ao consumidor as seguintes opções:

- a) a reexecução do serviço sem custo adicional;
- b) a restituição imediata da quantia paga; e
- c) o abatimento do preço.

Em caso de reexecução, poderá o fornecedor determinar que um terceiro o faça, desde que o consumidor não incorra com qualquer custo adicional. É de se notar que, em caso de serviço de assistência técnica, a utilização de peças já utilizadas configura o crime previsto pelo art. 70 do Código de Defesa do Consumidor.

### ■ 6.6. QUADRO RESUMO

Vício	Prazo	Opções do consumidor
Vício de qualidade do produto	30 dias	<ul style="list-style-type: none"> <li>• a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;</li> <li>• a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;</li> <li>• o abatimento proporcional do preço.</li> </ul>
Vício de quantidade do produto	Não há	<ul style="list-style-type: none"> <li>• o abatimento proporcional do preço</li> <li>• a complementação do peso ou medida;</li> <li>• a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios;</li> <li>• a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.</li> </ul>
Vício do serviço	Não há	<ul style="list-style-type: none"> <li>• a reexecução do serviço sem custo adicional;</li> <li>• a restituição imediata da quantia paga;</li> <li>• o abatimento do preço.</li> </ul>

# 7

---

## Prescrição e decadência

---

**O**S arts. 26 e 27 do Código de Defesa do Consumidor tratam, respectivamente, dos casos em que ocorrem a decadência e a prescrição do direito do consumidor no que se refere à reparação dos danos causados ao consumidor.

Antes de darmos início à análise dos arts. 26 e 27 do CDC, é necessário ressaltar que o presente estudo não tem, absolutamente, a pretensão de esgotar os temas decadência e prescrição, temas esses bastante vastos e caros a nosso Direito. Nossa análise será focada somente no que for necessário à compreensão dos direitos do consumidor.

Cumpramos inicialmente traçar algumas considerações acerca da prescrição e da decadência.

Configura, nos ensina Câmara Leal (1978, p. 12), a prescrição “a extinção de uma ação ajuizável em virtude da inércia

de seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso". É, assim, uma penalidade imposta ao negligente que deixa de exercer seu direito de ação em um período determinado. O instituto da prescrição visa, portanto, proporcionar segurança às relações jurídicas.

De forma semelhante, o instituto da decadência reflete a inércia do titular de um direito, que deixa de exercê-lo em um determinado lapso de tempo, acarretando, assim, sua extinção.

Prescrição e decadência são institutos muito semelhantes, mas que não devem ser confundidos. Conforme nos aponta a professora Maria Helena Diniz (2004, p. 380), enquanto a decadência configura a extinção do direito pela falta de exercício dentro do prazo prefixado, atingindo indiretamente a ação, a prescrição acarreta a extinção da ação, fazendo desaparecer o direito por ela tutelado.

O Código de Defesa do Consumidor, no entanto, inovou nestes assuntos. Desta forma, a decadência afeta o direito de reclamar do consumidor ante o fornecedor, quanto ao vício do produto ou serviço, perdendo o direito de solicitar a substituição do produto, restituição da quantia paga ou o abatimento do preço. Já a prescrição atinge a pretensão de exigir em juízo a reparação pelos prejuízos oriundos do fato do produto ou do serviço.

O art. 26 do Código de Defesa do Consumidor trata especificamente dos prazos decadenciais, enquanto o art. 27 do mesmo diploma estabelece o prazo prescricional em que o consumidor poderá ingressar com uma ação para reaver as perdas e danos sofridos.

Isto porque, conforme aponta Arruda Alvim (1995, p. 187), a reclamação constante do art. 26 se refere à relação de consumo, podendo dar ensejo à sua rescisão, com a devolução da quantia paga. Mas se o consumidor ainda tiver sido prejudicado, poderá haver pedido de perdas e danos em face do fornecedor, sem que este, necessariamente,

integre a reclamação. Assim, o legislador fixou prazos distintos, sendo que no caso da ocorrência de perdas e danos deverá ser aplicado o prazo previsto no art. 27 do Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, enquanto o art. 26 refere-se ao prazo para que o consumidor exerça seu direito de reclamar e requeira, assim, a substituição (do produto ou do serviço), ou devolução da importância devida, o art. 27 determina o prazo para que o consumidor ingresse com uma ação para reparar um prejuízo sofrido.

Vale ressaltar que não é pacífico na doutrina que o art. 26 trata das hipóteses de decadência e o art. 27 enumera os casos de prescrição. Para Zelmo Denari (Grinover, 2004, p. 223), o que ocorreu foi um erro na terminologia empregada pelo legislador, uma vez que o Código faz referência a uma e outra, indistintamente. Nesse sentido, destaca que:

Feitas essas observações propedêuticas, é fácil concluir que todas as hipóteses normadas pelo art. 26 do Código de Defesa do Consumidor – que estabelecem prazo para consumidor apresentar reclamações por vícios aparentes ou ocultos de produtos ou serviços –, bem como pelo art. 27 – que estabelece prazo para o consumo – são, desenganadamente, hipóteses de decadência.

Não é nosso objetivo discorrer sobre o equívoco terminológico cometido ou não pelo legislador. Acreditamos que cada caso concreto deve ser cuidadosamente estudado, a fim de ser analisado se houve efetivamente um prejuízo ao consumidor, para precisarmos qual é o artigo que deverá ser aplicado e, conseqüentemente, o prazo que deverá ser atendido<sup>1</sup>.

1. Neste sentido, vale destacar o acórdão da decisão proferida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 511.558/MS: Civil e Processual. Ação de Indenização. Publicação de anúncio incorretamente nas listas telefônicas, com número trocado. Restaurante. Dano moral, em face de a clientela ficar frustrada e ser destrutada ao ser atendida ao telefone.

Prazo é o lapso de tempo compreendido entre o termo inicial (*dies a quo*) e o termo final (*dies ad quem*), cujo implemento vem a constituir o fato jurídico extintivo de direito.

Convém salientar que os prazos previstos no Código de Defesa do Consumidor são de ordem pública e, portanto, inalteráveis pela vontade das partes.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, o prazo para que o consumidor reclame pela reparação de vícios aparentes ou ocultos dos produtos ou serviços varia conforme a durabilidade dos mesmos.

<b>Fornecimento de serviços ou produtos não duráveis</b>	Prazo máximo para que o consumidor exerça o seu direito de reclamar pela reparação é de 30 (trinta) dias;
<b>Produtos ou serviços duráveis</b>	90 (noventa) dias para fazer uma reclamação

Discussão na via especial sobre o prazo decadencial e a data inicial de sua fluência. Situação que recai, na verdade, na hipótese do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor e não na do art. 26, II, e parágrafo 1º. Prazo quinquenal. I. A ação de indenização movida pelo consumidor contra a prestadora de serviço por defeito relativo à prestação do serviço prescreve em cinco anos, ao teor do art. 27 c/c o art. 14, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor. II. Em tal situação se insere o pedido de reparação de danos materiais e morais dirigido contra a empresa editora das Listas Telefônicas em face de haver sido publicado erroneamente o número de telefone do restaurante anunciante, o que direcionou pedidos de fornecimento de alimentos a terceira pessoa, que destratou a clientela da pizzaria, causando-lhe desgaste de imagem. III. Acórdão estadual que ao confirmar sentença que deferira os danos morais, enquadrando a hipótese no prazo decadencial do art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor, que, todavia, não é aplicável à espécie, por se direcionar, em verdade, à ação que objetiva a rescisão ou alteração do negócio avençado, o que não é o caso dos autos. IV. Ainda que se cuidasse de incidência, mesmo, do art. 26, II, estaria correta a interpretação dada pelo Tribunal *a quo*, de que a contagem teria início apenas com o fim do período de circulação das listas telefônicas, porquanto compreende-se, aí, que a prestação do serviço foi contínua durante todo esse tempo. V. Destarte, seja pela aplicação do prazo quinquenal do art. 27, seja pela do art. 26, II, parágrafo único, na exegese dada à espécie, foi atempado o ajuizamento da ação indenizatória. VI. Recurso especial conhecido e improvido. 2. Prazos decadenciais previstos no art. 26.

O início da contagem do prazo decadencial difere se se tratar de vício aparente ou vício oculto (Grinover, 2004, p. 227), conforme se verá:

(i) **vício aparente** é aquele em que o consumidor não encontra obstáculos em reconhecer a sua existência. Nos casos dos vícios aparentes, o prazo decadencial começa a contar a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços, sendo que a entrega efetiva, nos termos especificados no Código de Defesa do Consumidor, ocorre no momento em que o consumidor recebe o produto e tem condições de verificar a ocorrência do possível vício; e

(ii) **vícios ocultos** não oferecem facilidade de constatação. Pode ser o defeito potencial, quando da aquisição do produto ou execução do serviço, e que vem a se manifestar posteriormente. Um caso típico de vício oculto é o defeito do sistema eletrônico de um aparelho de computador. Nos casos dos vícios ocultos, o prazo decadencial somente se inicia após a constatação do defeito.

Mas e se o defeito só ficar exteriorizado após o prazo de garantia contratual? Deverá o fornecedor reparar o dano?

Devemos entender que não. Como bem expõe Zelmo Denari (Grinover, 2004, p. 227):

consumo de produto ou serviço passa por uma fase de preservação, em que se busca manter sua indenidade, ou seja a incolumidade do bem ou do serviço colocado no mercado de consumo. Esse período de tempo costuma ser mensurado pelo prazo contratual de garantia.

Também neste sentido, cabe destacar Hélio Zagheto Gama (2004, p. 87) e Rizzatto Nunes (2004, p. 373).

O prazo de garantia será variável conforme a natureza do produto ou do serviço. Durante o prazo de garantia, o consumidor poderá reclamar pelos vícios aparentes ou ocultos surgidos no produto ou

serviço. Após este prazo, todavia, entendemos que a matéria estará preclusa e o consumidor deverá arcar, isoladamente, com os danos, uma vez que o produto ou serviço estará em sua fase de degradação.

### ■ 7.1. HIPÓTESES DE ÓBICES À DECADÊNCIA

Antes de iniciarmos essa análise, faz-se necessário esclarecer que o legislador usou o termo obstar para evitar a discussão a respeito de um prazo decadencial poder ou não ser suspenso ou interrompido.

O § 2º do art. 26 do Código de Defesa do Consumidor prevê as hipóteses que obstam a ocorrência da decadência do direito do consumidor de reclamar pela apuração de vícios nos serviços ou produtos. São elas:

- a) reclamação formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços; e
- b) instauração de inquérito civil.

Na ocorrência de qualquer um desses eventos o prazo decadencial estará obstado. Finalizado o óbice, o prazo retoma o seu curso, com aproveitamento do tempo decorrido; não se trata, pois, de interrupção (Oliveira, 2004, p. 182).

Em não havendo qualquer resposta do fornecedor, a decadência continua obstada.

Já a instauração do inquérito civil será estudada quando for tratado o tema tutela coletiva.

Claro está que como o legislador não determina a forma, o consumidor poderá utilizar qualquer em direito admitida, sendo que o consumidor pode, sim, reclamar verbalmente resguardando os prazos dos arts. 26 e 27 do CDC. Dessa forma, deve ele comprovar a realização desta reclamação nos prazos (Nunes, 2004, p. 376).

### ■ 7.2. Prazos Prescricionais no Código de Defesa do Consumidor – art. 27

Em seu art. 27 o Código de Defesa do Consumidor estabelece os prazos prescricionais referentes à pretensão do consumidor à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista nos arts. 12 a 17 do mesmo diploma legal, conforme estudado acima.

Diferentemente do previsto no art. 26 do mesmo diploma, o que ocorre nesse caso é que o consumidor sofreu um dano, classificado pelo Código de Defesa do Consumidor como fato do produto ou serviço. Neste caso, o consumidor poderá requerer sua reparação.

Nos termos do art. 27, o prazo extintivo é de 5 (cinco) anos, contados da data do conhecimento do dano e de sua autoria e não da tradição ou da ocorrência do defeito. Esta disposição é de suma importância ao estudo dos Direitos do Consumidor.

Este prazo é relativamente amplo, especialmente se comparado com os prazos prescricionais previstos no Código Civil de 2002<sup>2</sup>.

2. Art. 206. Prescreve: § 1º Em um ano: I – a pretensão dos hospedeiros ou fornecedores de víveres destinados a consumo no próprio estabelecimento, para o pagamento da hospedagem ou dos alimentos; II – a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão; III – a pretensão dos tabeliães, auxiliares da justiça, serventuários judiciais, árbitros e peritos, pela percepção de emolumentos, custas e honorários; IV – a pretensão contra os peritos, pela avaliação dos bens que entraram para a formação do capital de sociedade anônima, contado da publicação da ata da assembleia que aprovar o laudo; V – a pretensão dos credores não pagos contra os sócios ou acionistas e os liquidantes, contado o prazo da publicação da ata de encerramento da liquidação da sociedade. § 2º Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem. § 3º Em três anos: I – a pretensão relativa a aluguéis de prédios urbanos ou rústicos; II – a pretensão para receber prestações vencidas de rendas temporárias ou vitalícias; III – a pretensão para haver juros, dividendos ou quaisquer prestações acessórias, pagáveis, em períodos não maiores de um ano, com capitalização ou sem ela; IV – a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa; V – a pretensão de reparação civil; VI – a pretensão de restituição dos lucros ou dividendos recebidos de má-fé, correndo o prazo da data em que foi deliberada a distribuição; VII – a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto,

Assim sendo, é de extrema relevância que a parte interessada analise com antecedência se o dano sofrido é decorrente ou não de uma relação de consumo, sob pena de perder o direito à sua pretensão de repará-lo.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que no caso de um dano sofrido, decorrente da omissão da empresa seguradora no pagamento de indenização contratada no caso do furto de um veículo, o prazo prescricional é de um ano, obedecendo-se, assim, ao disposto no Código Civil<sup>3</sup>.

Cabe ressaltar que o prazo de 5 (cinco) anos apenas começa a correr a partir do momento do conhecimento do dano e de sua autoria, isto é, a partir do momento em que se conheça o dano, pode-se relacioná-lo com o defeito do produto ou do serviço e, ainda, pode ser determinado quem deve ser responsabilizado pelo mesmo.

contado o prazo: a) para os fundadores, da publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima; b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembleia geral que dela deva tomar conhecimento; c) para os liquidantes, da primeira assembleia semestral posterior à violação; VIII – a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial; IX – a pretensão do beneficiário contra o segurador, e a do terceiro prejudicado, no caso de seguro de responsabilidade civil obrigatório. § 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas. § 5º Em cinco anos: I – a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular; II – a pretensão dos profissionais liberais em geral, procuradores judiciais, curadores e professores pelos seus honorários, contado o prazo da conclusão dos serviços, da cessação dos respectivos contratos ou mandato; III – a pretensão do vencedor para haver o vencido o que despendeu em juízo.

3. Civil. Furto de veículo. Seguro. Indenização. Valor da apólice. Recusa. Prescrição anual. Código Civil, art. 178, § 6º, II. Inaplicabilidade à espécie do Código de Defesa do Consumidor, art. 27. I. Em caso de recusa da empresa seguradora ao pagamento da indenização contratada, o prazo prescricional da ação que a reclama é o de um (1) ano, nos termos do art. 178, § 6º, inciso II, do Código Civil. II. Inaplicabilidade do lapso prescricional quinquenal, por não se enquadrar a espécie do conceito de “danos causados por fato do produto ou do serviço”, na exegese dada pela 2ª Seção do STJ, uniformizadora da matéria, ao art. 27 c/c os arts. 12, 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (REsp 207.789-RJ, Rel. p/ Acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, unânime, DJU de 24/09/2001). III. Recurso especial conhecido e provido.

Nada impede que o consumidor, ao descobrir novos fornecedores, venha a ajuizar ação contra os mesmos, sendo que o prazo prescricional só começa a contar a partir do conhecimento individualizado de cada fornecedor.



# 8

---

## Desconsideração da personalidade jurídica

---

### ■ 8.1. INTRODUÇÃO

**C**ONFIGURA a pessoa jurídica a reunião de pessoas comuns com intuito de realizar um interesse comum. Nas palavras de Karl Larenz (1978, p. 168): “a pessoa jurídica é formada pela associação de pessoas, a qual tem existência distinta de seus membros”.

O desenvolvimento das atividades das pessoas jurídicas concretiza-se através do registro do ato constitutivo no órgão competente, nos termos do art. 45 do Código Civil brasileiro. A partir de então, as pessoas jurídicas passam a ter personalidade própria, tornam-se um centro de imputação de responsabilidades e atribuições, desvinculadas das pessoas que lhes deram origem. É de se notar que no Brasil são admitidas como pessoas jurídicas de direito privado as sociedades, associações e fundações, nos termos do art. 44 do Código Civil de 2002.

Não restam dúvidas, assim, das infinitas vantagens que são obtidas com a constituição das pessoas jurídicas. Elas são essenciais para o desenvolvimento da economia. Conforme ensina Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (2000, p. 245), “as sociedades personificadas são uma das chaves do sucesso da atividade empresarial, proliferando cada vez mais como o meio usual para o exercício das atividades econômicas”. Vale lembrar que até mesmo Rousseau lembrou que a agregação de forças é fundamental para que o homem atinja seus objetivos. (trad. Vicente S. Jr., 1978, Livro I, p. 85)

Ocorre que muitas vezes a pessoa jurídica acabou se prestando a consequências não consentâneas com a sua real finalidade. Utilizando-se do princípio da autonomia patrimonial dos entes personificados, por meio do qual a existência da pessoa jurídica não se confunde com a dos membros que lhe deram origem, os seus sócios passaram a adotar, muitas vezes, condutas fraudulentas. Assim, os propósitos da pessoa jurídica eram desvirtuados e o dogma da separação patrimonial era utilizado para fins impróprios.

#### Considerações Prévias



- Por que surgiu a pessoa jurídica?
- O que é pessoa jurídica?
- Teorias explicativas:
  - Ficção legal (Savigny)
  - Realidade objetiva (Gierke)
  - Realidade técnica
  - Definição de Karl Larenz – “A PJ é formada pela associação de pessoas, a qual tem existência distinta da de seus membros”

Com o intuito de coibir o uso indevido da pessoa jurídica, foi desenvolvida a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, também conhecida como *disregard doctrine*.

#### ■ 8.2. CONCEITO

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica constitui um remédio jurídico mediante o qual é possível suspender a personificação que foi dada pela lei, negando a existência autônoma da pessoa jurídica, frente a uma situação jurídica particular.

Rubens Requião (1965, p. 14), um dos maiores divulgadores da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Brasil, destaca que:

diante do abuso de direito e da fraude no uso da personalidade jurídica, o juiz brasileiro tem o direito de indagar, em seu livre convencimento, se há de consagrar a fraude ou o abuso de direito ou se deva desprezar a personalidade jurídica, para penetrando em seu âmago, alcançar as pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos.

Assim, em determinada situação, os efeitos da personalidade jurídica devem ser afastados, de forma a evitar um resultado incompatível com a função da pessoa jurídica.

Vale ressaltar que a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica não destrói a pessoa jurídica, mas apenas suspende, momentaneamente, os seus efeitos. A autonomia patrimonial é descartada em determinado caso concreto, de forma que os bens dos sócios possam ser diretamente atingidos. Há, portanto, uma interrupção momentânea na aplicação das normas aplicáveis à pessoa jurídica, para um ato determinado, o que não implica, necessariamente, a dissolução da sociedade.

A aplicação da *disregard doctrine* possibilita a responsabilização do causador do mau uso da pessoa jurídica, preservando-a.

Manuel Pereira Calças (2003, p. 157) aponta, ao tratar da descon sideração da personalidade jurídica, que “é importante destacar que a aplicação da descon sideração da personalidade jurídica não acarreta a nulidade da sociedade, mas apenas a ineficácia da personificação em face de determinados negócios jurídicos”.

O verdadeiro objetivo da aplicação desta teoria é retirar o escudo criado pela personificação jurídica das sociedades, com o objetivo de atingir aquele sócio que agiu em desacordo com os interesses sociais, responsabilizando-o pelas obrigações adquiridas, possibilitando o alcance do patrimônio pessoal dos sócios. Por esse motivo, os americanos utilizam a expressão “*lifting the veil*”<sup>1</sup>.

Em suma, a descon sideração da personalidade jurídica é o afastamento da personalidade jurídica de uma determinada sociedade para buscar rechaçar atos abusivos ou fraudulentos de um de seus sócios, como se a pessoa jurídica não tivesse existido em um determinado momento.

Nesse sentido, importante é ressaltar que, quando caracterizada a relação de consumo, o consumidor se vê prejudicado por não alcançar patrimonialmente o verdadeiro responsável, encoberto sob o manto de pessoas jurídicas.

Portanto, a aplicação desta teoria é vista como uma necessidade que acompanha o dinamismo do direito e a evolução da sociedade de consumo. Isso se faz necessário como uma forma de punir aquele que desvirtua o verdadeiro caráter dos entes jurídicos em benefício próprio, ignorando a função social de que se revestem as pessoas jurídicas em geral e as sociedades em especial, maculando o mundo empresarial com a inadimplência e a falta de responsabilização.

1. Levantar o véu (tradução livre).

### 8.3. A regulamentação da teoria no Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal brasileiro a regulamentar a descon sideração da personalidade jurídica. Ao acolher em suas disposições os postulados da *disregard doctrine*, nada mais fez do que seguir os passos da tendência mundial, rompendo com o esquema rígido da autonomia patrimonial das sociedades personalizadas, legislando em conformidade com os reclamos sociais.

Todavia, algumas críticas devem ser feitas ao art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. Primeiramente, cumpre esclarecer que o citado artigo não retratou com exatidão a teoria da descon sideração da personalidade jurídica, tanto é que a fraude, requisito essencial da *disregard doctrine*, não está prevista no seu § 5º. Ademais, as hipóteses previstas no Código são infinitamente mais amplas em relação ao preceituado na doutrina. Antes de abordarmos especificamente as hipóteses trazidas por nossa legislação consumerista, faz-se necessário traçar algumas considerações acerca da teoria menor e teoria maior de descon sideração da personalidade jurídica, trazidas pelo art. 28 do Código de Defesa do Consumidor:

<b>Teoria maior</b>	( <i>caput</i> do art. 28)	Em conformidade com a teoria maior, a aplicação da teoria da descon sideração da personalidade jurídica só é possível em casos excepcionais, em que se comprove a existência de fraude, abuso de direito ou infração à lei e aos estatutos sociais da pessoa jurídica.
<b>Teoria menor</b>	(§ 5º do art. 28)	De acordo com a teoria menor, sempre que a pessoa jurídica for utilizada “ <i>a fim de criar obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados</i> ” (Nahas, 2004, p. 166), a descon sideração da personalidade jurídica será possível. Note-se que, segundo esta teoria, a aplicação da descon sideração da personalidade jurídica independe da ocorrência de fraude, abuso de direito ou infração à lei e aos estatutos sociais.

O Código de Defesa do Consumidor adotou tanto a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica quanto a teoria maior, claramente antagônicas entre si.

Desta feita, a teoria menor, considerada como um instituto violador do princípio da autonomia patrimonial e não consentânea com os preceitos que originaram a *disregard doctrine*, foi abarcada pelo Código de Defesa do Consumidor.

É de se notar que a contrariedade das teorias entre si causa insegurança jurídica, uma vez que o aplicador do Direito pode adotar qualquer uma das teorias mesmo que antagônicas, já que ambas foram adotadas pelo dispositivo ora em comento<sup>2</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor, a rigor, discorre sobre três enunciados, admitindo a desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam:

2. “Direito do consumidor. Filmadora adquirida no exterior. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (“Panasonic”). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridades da espécie. Situações a ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria, por maioria. I – Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso País. II – O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje “bombardeado” diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III – Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbem-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as consequências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos. IV – Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes. V – Rejeita-se a nulidade arguida quando sem lastro na lei ou nos autos.” (grifos nossos) (Decisão proferida pela 4ª Turma do STJ, no Recurso Especial nº 63981, cujo Relator foi o Excelentíssimo Ministro Aldir Passarinho Jr.)

- i) hipóteses de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação do estatuto ou contrato social;
- ii) hipóteses de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração; e
- iii) hipóteses em que a personalidade jurídica for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores<sup>3</sup>.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor estende a responsabilidade pela reparação dos danos às sociedades integrantes do mesmo

3. Neste sentido, cabe destacar a decisão proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 279273, cujo relator foi o Excelentíssimo Ministro Ari Pargendler: Responsabilidade civil e direito do consumidor. Recurso especial. Shopping center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º – Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. – A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). – A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. – Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. – A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do Código de Defesa Do Consumidor, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. – Recursos especiais não conhecidos. (grifos nossos)

grupo societário, sociedades controladas, sociedades consorciadas e sociedades coligadas.

#### ■ 8.4. APLICAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica só pode ser aplicada judicialmente. Isso implica afirmar que somente o Poder Judiciário detém o monopólio da aplicação da teoria.

A razão desse monopólio justifica-se, pois a aplicação indiscriminada da teoria da desconsideração da personalidade jurídica poderia gerar uma inversão, de modo que o consumidor fosse tão protegido que o fornecedor perderia interesse na exploração da atividade econômica.

# 9

## Práticas comerciais

### ■ 9.1. INTRODUÇÃO

**A** EXPLICAÇÃO doutrinária pertinente às práticas abusivas tem origem na figura do abuso do direito. Isso significa que pode o titular de um direito subjetivo fazer deste direito um uso abusivo ou irregular.

Deve ser mencionado que as práticas abusivas nem sempre se mostram como atividades enganosas. Muitas vezes, apesar de não ferirem o requisito da veracidade, trazem excessiva imoralidade econômica e opressão. Em outros casos, simplesmente dão causa a danos substanciais ao consumidor.

A utilização, pelo fornecedor, de técnicas de mercado que se aproveitem da hipossuficiência do consumidor é o que caracteriza a abusividade da prática. É justamente essa

utilização que deve ser coibida para que se evitem lesões ao lado mais fraco da relação, qual seja, o consumidor.

Antes de darmos início ao estudo das práticas abusivas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, faz-se necessário destacar que tais práticas não estão regradas apenas no art. 39. Em verdade, elas se espalham por vários artigos do Código de Defesa do Consumidor, muito embora apareçam também em outros diplomas legais. O art. 7º, *caput*, prevê que são também práticas abusivas outros comportamentos empresariais que afetem o consumidor diretamente, mesmo que previstos em legislação diversa do Código; basta observar a Lei nº 8.136/1990 em seus arts. 5º, 6º e 7º.

No corpo do próprio Código de Defesa do Consumidor, devem ser mencionados, além do art. 39, os seguintes artigos que fazem menção a condutas que configuram práticas abusivas por parte do fornecedor:

- a cobrança constrangedora, que é tratada pelo art. 42, cumulando com o art. 71 do mesmo diploma;
- a “negativação” nos serviços de proteção ao crédito de maneira indevida, regulada pelo art. 43;
- o anúncio abusivo e enganoso, regulamentado pelo art. 37;
- colocar no mercado produto ou serviço que são altamente nocivos ou perigosos (art. 10);
- comercializar produtos e serviços impróprios (arts. 18, § 6º, e 20, § 2º);
- não utilizar peças de reposição adequadas (art. 21);
- a falta de componentes e peças de reposição (art. 32), nas vendas a distância;
- não disponibilizar informações referentes ao endereço e ao nome do fabricante (art. 33);

- a veiculação de publicidade clandestina (art. 36<sup>1</sup>) e abusiva (art. 37, § 2º);
- o arquivo de dados sobre o consumidor em desrespeito aos seus direitos de conhecimento, de acesso e de retificação (art. 43);
- as atividades disciplinadas nos arts. 5º (incisos II e III), 6º (incisos I, II e III) e 7º (incisos I, II, III, IV, V, VII, IX), da Lei nº 8.137/1990 (Lei dos Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as relações de consumo).

## ■ 9.2. PRÁTICAS ABUSIVAS

Para Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2000, p. 477):

As chamadas “práticas abusivas” são ações e/ou condutas que, uma vez existentes, caracterizam-se como ilícitas independentemente de se encontrar ou não algum consumidor lesado ou que se sinta lesado. São ilícitas em si, apenas por existirem de fato no mundo fenomênico.<sup>2</sup>

Note-se que nem sempre as práticas abusivas são enganosas ou, em outras palavras, faltam com a verdade. Muitas vezes práticas são consideradas abusivas por serem economicamente opressoras, ou ainda por causarem danos ao consumidor.

Abaixo, tentaremos classificar de modo bastante simplista as chamadas práticas abusivas:

1. “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.”

2. Nunes, Luiz Antonio Pizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 477.

<b>Contratuais</b>	<i>Pré-contratuais:</i> ocorrem em fase anterior à realização do contrato de consumo. Ex.: venda casada, bem como as práticas mencionadas nos incisos I, II e III do art. 39, e o art. 40.
	<i>Contratuais:</i> relacionam-se ao conteúdo das cláusulas que compõem o contrato de consumo, seja este conteúdo expresso ou não. Ex.: inciso IX do art. 39, bem como as hipóteses de nulidade tratadas no art. 51.
	<i>Pós-contratuais:</i> relacionam-se a atos praticados pelo fornecedor em razão de um contrato já existente. Ex.: lançamento indevido do nome de consumidor adimplente nos cadastros de serviços de proteção ao crédito, bem como condutas previstas no inciso VII do art. 39, arts. 32 e 42.
<b>Métodos comerciais coercitivos</b>	Práticas previstas o inciso IV do art. 6º, bem como todas as tentativas que objetivem acionar o consumidor em jurisdições longínquas.

Importante destacar que, em face da criatividade dos fornecedores, bem como de suas práticas comerciais, tarefa impossível é a previsão legal de todas as práticas abusivas que podem lesar o consumidor. Por este motivo, todas as disposições previstas no Código de Defesa do Consumidor constituem rol meramente exemplificativo. Um exemplo desta afirmação é a prática cada vez mais comum de ofertar ao público infantil peças de produtos que constituem verdadeiros quebra-cabeças tridimensionais, sendo que a primeira e a segunda peça são vendidas a preços reduzidos, e as demais são vendidas a preço majorado. Uma vez que esta prática é direcionada ao público infantil e sendo certo que ao final o produto completo custará até 10 vezes mais do que um produto individual, consideramos esse um exemplo de prática abusiva não prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido vide termo de compromisso de ajustamento de conduta, que versa sobre a representação nº 1.34.001.003115/2005-25, instaurada pelo Ministério Público Federal, que objetiva verificar a infração contra os direitos dos consumidores e a ordem econômica, por meio da apuração da prática venda casada praticada por McDonald's Comércio de Alimentos Ltda., consistente na venda de um brinquedo ou surpresa contido em uma caixa temática, juntamente com a refeição, a bebida e o acompanhamento, sendo impossível ao consumidor adquirir o brinquedo separadamente do lanche.

Vale lembrar que tal prática foi coibida por iniciativa do Ministério Público Federal.

### ■ 9.2.1. Sanções

Práticas abusivas são sancionadas penal e administrativamente. Não há a previsão de sanção civil para essas práticas. Independentemente deste fato, porém, caso a prática abusiva gere prejuízos ao consumidor, este pode pleitear ação de reparação de danos, inclusive morais.

É de se destacar que, nos termos do art. 84 do CDC, o juiz poderá ordenar uma abstenção ou uma prática, mediante aplicação de multa diária, independentemente do pedido do autor. Ademais, nos termos do § 5º do mesmo dispositivo legal, para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

A seguir passaremos a analisar cada um dos incisos do art. 39 ora em comento.

Inciso I

Referido dispositivo trata da chamada venda casada, prática abusiva bastante conhecida pelo consumidor e reprimida em nosso ordenamento desde 1962 através do art. 11 da Lei Delegada nº 4/1962. Também o art. 5º da Lei nº 8.137/1990 considerava esta prática como criminosa. Também o art. 3º da Lei nº 8.158/1991 caracterizou essa prática como infração à ordem econômica. São inúmeros os julgados acerca da venda casada<sup>3</sup>.

A venda casada é o condicionamento do fornecimento de produto ou serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço não necessariamente desejado pelo consumidor. Exemplo bastante comum é a matrícula em escola somente se os pais celebrarem seguro-desemprego para manutenção de pagamento das mensalidades escolares.

Outro caso bastante comum diz respeito à cobrança por bares, boites e danceterias de consumação mínima. Neste sentido, batalha judicial já foi travada no Estado de São Paulo, sendo que o Procon entende que a prática da cobrança de consumação mínima revela-se abusiva e não está de acordo com as determinações da Lei Federal nº 8.078/1990 (CDC) e da Lei Estadual nº 11.886/2005.

Importante é o entendimento de que apenas teremos a prática de venda casada, quando esta envolver produtos que são usualmente vendidos separadamente. Desta feita, é possível que um fornecedor recuse-se a vender somente uma das peças de roupa que integram um conjunto. Também é possível que o fornecedor recuse-se a vender somente um palito de fósforos de uma caixa. Da mesma forma, é possível ao fornecedor embalar produtos em conjunto, de forma que a sua venda seja feita em conjunto. É de se citar o exemplo de uma caixa de fósforos, uma vez que os palitos de fósforos não são vendidos por unidade.

Mas não trata somente desta prática. Referido inciso também veda a limitação quantitativa de produtos e serviços por parte do fornecedor sem justa causa. Em outras palavras é obrigar o consumidor a adquirir uma quantidade diversa de produto ou serviço da que realmente desejava.

Destaque-se que esta última prática não será considerada abusiva se houver justa causa. Note-se, todavia, que é permitido que seja imposto um limite máximo, quando há justa causa. Isso ocorre em épocas de crise através de racionamentos.

No que tange, porém, a produtos vendidos em quantidade superior àquela desejada pelo consumidor, deve-se levar em consideração a prática de mercado. Isso vale especialmente para produtos industrializados que são vendidos de acordo com um padrão aceito pelo mercado. Assim, não é possível que o consumidor deseje comprar 500 g de um pacote de 5 kg de arroz.

3. Apelação cível. Ação de anulação de contrato e indenização. Empréstimo e seguro. Venda casada. Danos morais. O pedido revisional não pode ser conhecido, pois se trata de inovação recursal. Ainda que tenha sido anulado o contrato de seguro atrelado ao empréstimo, em face da venda casada, as circunstâncias não justificam indenização. Sentença mantida. Apelo improvido. (TJ-RS; Apelação nº 70023198492; Rel. Paulo Roberto Felix; j. 25/03/2009). Declaratória de inexistência de dívida. Contratação de cartão de crédito. Adesão simultânea a contratos de seguro, sem que ao consumidor correntista fossem explicitadas as condições de tais contratos. Venda casada. Prática abusiva. Art. 39, I, do CDC. Inexigibilidade do débito. Recurso desprovido. (TJ-RS. Apelação nº 71001885896. Rel. Eugênio Facchini Neto; j. 16/04/2009). Venda Casada – Crime contra a economia popular – Recusa de venda de mercadoria – Comprador em condições de comprá-la a pronto pagamento – Motivo ilícito – Aquisição subordinada à compra simultânea de outros produtos (“venda casada”) – Fato típico – Previsão no art. 2º, inc. I, da Lei nº 1.521/1951 (RT 616/367, TARS).

Inciso II

Referido inciso trata da prática abusiva de recusar atendimento às demandas dos consumidores. Claro está que tal dispositivo deve ser analisado em conjunto com o art. 30 combinado com o art. 35, também do Código de Defesa do Consumidor.

Desta feita, o consumidor tem o direito de comprar os produtos que existem no estoque do fornecedor, mesmo sem que estes tenham sido ofertados. Disposições análogas constam da Lei Delegada nº 4/1962 (art. 11, b), bem como no art. 7º da Lei nº 8.137/1990 e no art. 3º, da Lei nº 8.158/1991.

Destaque-se que a limitação quantitativa constante deste inciso difere da constante do inciso anterior, uma vez que naquele a limitação pode ocorrer em caso de crise. Já no inciso II, nem a exceção da crise pode justificar a recusa, por parte do fornecedor, da venda de bens ou serviços, quando o consumidor deseja adquiri-los.

O presente dispositivo coíbe a prática bastante comum<sup>4</sup> da oferta de um produto-chamariz, inexistente, ofertado tão somente para atrair o consumidor ao estabelecimento do fornecedor. Lá chegando, o consumidor pode, àquele preço, adquirir somente quantidade ínfima do produto que o atraiu.

Inciso III

Referidos dispositivos tratam da prática de enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço. Já o parágrafo único dispõe que os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor sem solicitação prévia não geram obrigação de pagamento.

Referida prática, antes comum na venda de revistas e periódicos<sup>5</sup>, atualmente é amplamente utilizada por instituições financeiras que enviam a seus clientes cartões de crédito que não solicitaram.

Inciso IV<sup>6</sup>

O inciso IV trata da prática de prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor em face de idade, saúde, conhecimento ou condição social para impingir-lhe seus produtos ou serviços. Claro está que tal dispositivo refere-se à hipossuficiência do consumidor, muito embora trate especificamente de uma vulnerabilidade excepcional do consumidor frente ao fornecedor. Assim, a coibição visa proteger um consumidor especialmente ignorante e frágil.

4. “Recusa à demanda – Crime contra a economia popular – Configuração em tese – Acusado que se recusa a vender mercadoria tabelada e que estava em condições de adquiri-la a pronto pagamento – Oferta da mesma por preço superior – Justa causa, pois, para a ação penal – Decisão que ordenara o arquivamento do inquérito reformada – Inteligência dos arts. 2º, incs. I, IV e VI, da Lei 1.521/51, e 648, inc. I, do CPP (RT 543/418, TAPR).

Recusa à demanda – Crime contra a economia popular – Recusa de venda de mercadoria de primeira necessidade – Material de construção – Oferta em quantidade inferior à pedida pelo comprador, sujeitando-se este ao transporte obrigatório, com pagamento de frete por unidade transportada – Constatação da existência em estoque de tal mercadoria – Intuito de lucro, certo ou provável, em cada ato de comércio – Aplicação do art. 2º, inc. I, segunda parte, e parágrafo único da Lei nº 1.521/51 (RT 666/303, TACrimSP).

5. “Prática comercial abusiva. Editora. Entrega gratuita de exemplares de revistas, mediante prévio preenchimento de cadastro pelo destinatário, informando seu número de conta corrente



Inciso V <sup>7</sup>	Já o inciso V impede que seja exigida do consumidor uma vantagem manifestamente excessiva. Deve ser mencionado que esta regra é praticamente idêntica à que encontramos no inciso IV do art. 51 do CDC, muito embora o art. 51 trate tão somente de cláusulas abusivas, ou seja, de uma relação contratual ou pós-contratual.
Inciso VI <sup>8</sup>	Tal dispositivo coíbe a execução de serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor. Deve ser analisado em conjunto com o art. 40 do CDC. Contudo, ao seu final, o dispositivo ora em comento acrescenta a expressão “ <i>ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes</i> ”, o que excepciona a regra. Referida exceção aplica-se a casos de longo relacionamento entre consumidor e fornecedor, que justifiquem uma relação de confiança na prestação de serviços reiterados.
Inciso VII	A lei veda o repasse de informação depreciativa referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos. Há autores que entendem que esta norma decorra da inviolabilidade da intimidade constante do art. 5º da Constituição Federal. Tal dispositivo, todavia, aplica-se de forma especial aos Bancos de Dados e Cadastros de Consumidores, motivo pelo qual deve ser analisado em conjunto com o art. 43 do CDC. Em outras palavras, reforça o disposto no mencionado art. 43 e, muito embora a redação não seja clara, resta impedido o repasse de informação depreciativa entre fornecedores e demais pessoas. Vale esclarecer, no entanto, que os cadastros dos serviços de proteção ao crédito são permitidos pelo dispositivo constante do mencionado art. 43, muito embora a chamada “negativação” só seja válida em situações muito restritas <sup>9</sup> . Lembre-se, ainda, a Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça (“ <i>Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento</i> ”)

ou cartão de crédito. Estabelecimento de que o silêncio na continuidade do recebimento importará em consentimento para a assinatura. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. (...) Sobre o assunto, Cláudia Lima Marques obtempera: ‘A equiparação dos produtos enviados e dos serviços prestados sem nenhuma solicitação do consumidor a ‘amostras grátis’ é uma solução inventiva, cujo fim é realmente acabar com este tipo de prática no mercado brasileiro. Vale aqui lembrar a noção de que as novas normas do Código assumem por vezes uma natureza mais operacional do que conceitual, como estávamos acostumados nas lições do grande Beviláqua’ (Contratos de Consumo no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo: RT, 2. ed., p. 266). (...) É inaceitável vincular-se o consumidor a uma contratação, tão somente por força do seu silêncio. O abuso de direito efetivado pela requerida caracteriza, de outra sorte, flagrante violação ao princípio da boa-fé objetiva, pois vincula-se o envio das revistas promocionais à concessão do número do seu cartão de crédito ou conta bancário, demonstrando-se desde a promoção a real intenção da editora em efetuar os débitos futuros, mesmo sem a autorização expressa do cliente (...)”

6. “Fraqueza ou ignorância do consumidor – Prática abusiva de mercado – Locação de bem móvel – Máquina copiadora oferecida em locação a representante legal da locatária que, não tendo conhecimentos maiores do assunto, não foi informado, completa e precisamente, sobre

Inciso VIII <sup>10</sup>	Veda-se a colocação no mercado de qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes. É de se destacar que quaisquer normas técnicas serão consideradas inválidas se entrarem em conflito com a Lei nº 8.072, ainda que tenham sido expedidas por instituto oficial ou não, credenciado pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada ou autorizada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO. Tal dispositivo visa assegurar ao consumidor uma padronização em termos de qualidade, segurança, processo de produção e oferta, conforme o caso. Vale lembrar que no Brasil vigora o Sistema Brasileiro de Normalização que atua por meio do Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO), encarregado de formular a política nacional de metrologia, bem como executá-la, visando normalizar e assegurar a qualidade de produtos industriais. Integram este instituto organismos públicos e privados, dentre os quais: (i) ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas; (ii) INMETRO – Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial; (iii) CONMETRO – Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial, disciplinado pela Lei nº 5.966/1973.
---------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

os elevados custos de manutenção e consumo do novo e sofisticado aparelho em relação ao anterior – Ausência de elementos imprescindíveis à formação de um juízo de inadequação do equipamento às necessidades da autora – Arts. 4º, inciso I, 6º, inciso III, 39, inciso IV, e 51, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor – Anulatória do contrato de locação precedida de cautelar de sustação de protesto – Ações procedentes – Recurso Improvido.” (JTA/Lex 157/124; TACivSP; 3 Câm.; Ap. 00560764-5/007; Rel. Itamar Gaino, j. em 31/10/1195; v. u.)

7. “Vantagem excessiva – Contrato – Plano de Saúde – Suspensão dos direitos do consumidor pela falta de pagamento da prestação mensal até o décimo dia após o vencimento, por igual número de dias de atraso verificado – Cláusula nula de plena direito – Interpretação dos artigos 39, inc. V, e 51, inc. IV e § 1º, inc. II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) – Apelação improvida (TJSP, 2ª Cam. de Dir. Priv. Ap. Cív. 58.548-4, Rel. Vasconcellos Pereira, j. em 9-2-1999, v. u.)”.

8. Ação de cobrança. Prestação de serviços. Falta de prévio orçamento. Particularidade que autorizava o consumidor a questionar o valor que ao final lhe fosse apresentado, assim como a se recusar a pagar o montante que se mostrasse desarrazoado ou não estivesse relacionado diretamente aos serviços prestados. Objeções dessa espécie que em concreto o réu não apresentou. Condenação que havia de se limitar, porém, ao valor das peças e da mão de obra. Recurso parcialmente provido. (Apelação com revisão 1243893000; Relator(a): Arantes Theodoro; Comarca: Itaquaquecetuba; Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 04/06/2009)

9. Nunes, Luiz Antonio Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 489 – 490.

10. “Normas Técnicas – Crime contra a economia popular – venda de álcool misturado com água – Alegada inexistência de alteração superior à permitida – Crime capitulado no art. 2º, inc. V, da Lei nº 1.521, de 1951 – Norma penal em branco – necessidade de integração com as normas técnicas do art. 2º, inc. V, da Lei nº 1.521 de 1951 – O art. 2, inc. V, da Lei nº 1.521 de

Inciso IX	<p>A norma veda recusar a venda de bens ou a prestação de serviços diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento. Claro está que há exceção para os casos de intermediação dispostos em lei, aplicando-se a contratos de representação<sup>11</sup> ou distribuição mercantil<sup>12</sup>. Nestes casos, o fornecedor não deve vender diretamente se tiver representante ou distribuidor cadastrado.</p> <p>Note-se que, apesar da semelhança com o inciso II já estudado, há diferença, uma vez que o presente inciso trata não somente do consumidor, mas de qualquer pessoa.</p>
Inciso X <sup>13</sup>	<p>É proibida a prática de elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. Tal proibição só se aplica após a ocorrência da oferta.</p> <p>Não há vedação, portanto, ao aumento de preços. O fornecedor pode aumentar seus preços, desde que obedeça às normas do Código de Defesa do Consumidor. Não pode fazê-lo, no entanto, após já ter realizado oferta pública, com data certa.</p> <p>Neste sentido, cite-se como exemplo a Resolução Normativa da Agência Nacional de Saúde (ANS) nº 171, de 29 de abril de 2008, que estabelece critérios para aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde, médico-hospitalares, com ou sem cobertura odontológica, contratados por pessoas físicas ou jurídicas. Também deve ser mencionada a Lei de Mensalidades Escolares, Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999.</p> <p>Vale lembrar que a presente disposição deve ser analisada em conjunto com o inciso X, do art. 51 do CDC, que dispõe ser nula a cláusula contratual que permita ao fornecedor modificar o preço unilateralmente, direta ou indiretamente.</p>
Inciso XI	<p>É conduta abusiva o aumento de preço de produto ou serviço sem justa causa. Esta prática foi lamentavelmente comum em contratos de planos de saúde, mensalidades escolares, abertura de contas bancárias e consórcios de automóveis. Tal se dá em face da hipossuficiência do consumidor, que não possui conhecimento econômico ou matemática suficiente para saber que está sendo lesado.</p>

1951 não diz o que se deva entender por mercadorias ou gêneros “puros”. Dispositivo penal em branco que se integrará, em cada caso, com as normas técnicas aplicáveis.” (RJDTACrim 4/199; TACrimSP; 9ª Câmara; Ofício 570.415/7; Rel. Des. Marrey Neto; j. em 07/06/1989).”

11. O contrato de representação comercial é aquele em que “uma das partes obriga-se, contra retribuição, a promover habitualmente a realização por conta da outra, em determinada zona de operações mercantis, agenciando pedidos para esta”. (Gomes, 1990, p. 365)

12. Nos contratos de concessão mercantil ou distribuição, uma das partes se compromete a vender, de forma contínua, mercadorias da outra parte contratante em área determinada. (Finkelstein, 2009, p. 124)

13. “1 – “Habeas corpus”. Exame de prova. Possibilidade quando a matéria de fato não se apresente controvertida. 2 – Crime contra a ordem econômica. Elevação abusiva de preço, valendo-se de monopólio ou de situação dominante no mercado. (Lei nº 8.137/1990, art. 4º, VII, com a redação determinada pelo art. 85 da Lei nº 8.884/1994). Crime que não se confunde com a mera elevação isolada de preços de produtos fartamente existentes no mercado. A denúncia, no caso, para ser válida, deve demonstrar o abuso de monopólio ou de posição dominante no mercado.

3 – Crimes societários. Denúncia. Requisitos. A atenuação dos rigores do art. 41 do CPP, nos chamados delitos societários, não pode ir até o ponto de admitir-se denúncia fictícia, sem apoio na prova e sem a demonstração da participação dos denunciados na prática tida por criminosa. Ser “acionista” ou “membro do conselho consultivo” da empresa não é crime. Logo, a invocação dessa condição, sem a descrição de condutas específicas que vinculem cada diretor ao evento criminoso, não basta para viabilizar a denúncia. A denúncia, pelas consequências graves que acarreta, não pode ser produto de ficção literária. Não pode, portanto, deixar de descrever o porquê da inclusão de cada acusado como autor, coautor ou partícipe do crime. Recurso de *habeas corpus* conhecido e provido para deferir a ordem e trancar a ação penal. Acórdão: Por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para trancar a ação penal quanto aos pacientes. Processo RHC 4214/DF. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 1994/0040546-4. Relator(a): Ministro Assis Toledo (1066). Órgão julgador: – Quinta Turma. Data do julgamento: 22/02/1995.” “Habeas Corpus – Crime contra a ordem econômica – Revenda de combustível adulterado – Falta de justa causa para a promoção da ação penal – Acusados absolvidos na esfera administrativa – Ausência de documentação que comprove essa tese – Excesso de substâncias na gasolina dentro de margem de erro aceitável – Atipicidade da conduta – Ausência de cabal demonstração – Questão de mérito – Inviabilidade de discussão na estreita via do *writ* – Responsabilidade penal objetiva – Inocorrência – Dever de fiscalizar o combustível comercializado – Inépcia da inicial acusatória – Norma penal em branco – Inexistência de menção ao ato normativo complementar – Referência apenas ao auto de infração que culminou com o processo administrativo dos agentes – Inexistência de alusão a todas as circunstâncias que rodearam o delito – Ampla defesa impossibilitada – Ordem parcialmente concedida, apenas para trancar a ação penal por inépcia da denúncia, confirmando-se a liminar anteriormente deferida – Prejudicada a tese de ausência de individualização satisfatória das condutas narradas na inicial acusatória. Ausente a comprovação inequívoca de que os pacientes teriam sido absolvidos na esfera administrativa, inviável se torna o reconhecimento de que falta justa causa para a promoção da ação penal de ambos. Eventual margem de erro aceitável na conduta dos pacientes é questão referente ao mérito da ação penal cognitiva e, portanto, deve ser deduzida no curso do respectivo processo-crime, oportunidade em que se mostra cabível o revolvimento do conjunto fático-probatório colhido na instrução criminal, incabível na estreita via do *writ*. Não há que se falar em responsabilidade penal objetiva quando a denúncia imputa aos acusados a prática de infração que possuíam o dever legal de prevenir. O delito descrito no art. 1º, I da Lei nº 8.176/1991 se traduz em verdadeira norma penal em branco, pois limita seu alcance à prática de atos com combustíveis “em desacordo com as normas estabelecidas na forma da Lei”. Portanto, é de rigor que a denúncia narre o respectivo complemento normativo, sob pena de flagrante inépcia, não bastando a simples menção ao procedimento administrativo instaurado contra os acusados, notadamente quando ausente a alusão a todos os fatos imputados aos agentes, não se subsumindo, assim, ao art. 41 do Código de Processo Penal. Ordem parcialmente concedida, ratificando-se a liminar anteriormente deferida, apenas para trancar a ação penal por inépcia da denúncia, restando prejudicada a tese de ausência de individualização satisfatória das condutas narradas na inicial acusatória, possibilitando-se o oferecimento de nova denúncia desde que preenchidos os requisitos legais atinentes à espécie. Processo HC 82734/PE; Habeas Corpus 2007/0105806-6; Relator(a) Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJ/MG) (8145); Órgão Julgador: Quinta Turma; Data do Julgamento: 08/11/2007.”

Inciso XII	<p>A norma proíbe ao fornecedor deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.</p> <p>Muitas vezes, nos deparamos com situações em que os consumidores devem cumprir com sua prestação no prazo, enquanto os fornecedores manipulam o prazo de entrega de seus produtos ou serviços.</p> <p>Desta feita, deve restar clara a data de entrega do produto ou a data de início do serviço, da mesma forma que deve ser esclarecida a data de pagamento pelo consumidor.</p> <p>Como exemplo, deve ser mencionada a conduta de construtoras de imóveis que preveem com extrema clareza as datas de pagamento pelo consumidor, mas que são nebulosas quanto à data de entrega do imóvel.</p>
Inciso XIII	<p>No que tange especificamente às mensalidades escolares, foi modificado o Código de Defesa do Consumidor, acrescentando-se a seu art. 39 um inciso XIII, em razão do art. 8 da Medida Provisória nº 1.477-42, de 06/11/1997 (mensalidades escolares), que mais tarde foi promulgada sob a Lei nº 9.870/1999.</p> <p>É vedado às instituições de ensino aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.</p>

### ■ 9.3. OFERTA

A proposta pode ser consubstanciada como uma declaração de vontade ou como uma declaração *negocial* de vontade (Gomes, 1990, p. 162) apta à produção de um negócio jurídico dotado de igualdade.

Neste sentido, a oferta é vinculante para o proponente, que somente poderá se arrepender antes do conteúdo da proposta chegar ao conhecimento da outra parte e revogá-la.

O estudo da oferta nas relações de consumo faz-se necessário, uma vez que as disposições relativas à oferta nas relações de consumo são diversas das disposições relativas às relações civis e comerciais. Para Antônio H. V. Benjamin (2004, p. 255):

Não se deve interpretar o vocábulo oferta utilizado pelo Código de Defesa do Consumidor em seu sentido clássico. O fenômeno é visto pelo prisma da realidade massificada da sociedade de consumo, em que as ofertas deixam de ser individualizadas e cristalinas, mas nem por isso perdem sua eficácia e poder para influenciar o comportamento e a decisão final do consumidor.

Em face da hipossuficiência do consumidor, o tratamento legal da oferta relacionada a uma relação de consumo é *protecionista*<sup>14</sup>.

Nos termos do art. 30 Código de Defesa do Consumidor, qualquer publicidade que contenha os elementos essenciais de um contrato deve ser considerada como uma oferta vinculante, o que amplia o seu conceito clássico, muito embora haja autores que discordem, em termos, desta afirmação (Werner, 2007, p. 74). Configurando a publicidade uma oferta, o fornecedor deverá sempre cumprir seus termos, sob pena de responsabilização, o que faz com que o fornecedor seja obrigado a prestar mais atenção às informações por si veiculadas.

Em caso de descumprimento da proposta o consumidor poderá, à sua livre escolha:

- (i) exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;
- (ii) aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;
- (iii) rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, acrescida de perdas e danos. (Marques, 2006, p. 295)

Decorre do art. 34 do Código de Defesa do Consumidor que a responsabilidade do fornecedor do produto ou serviço é solidária, respondendo conjuntamente seus prepostos e/ou representantes autônomos.

Em caso de veiculação em massa da oferta falsa, há a configuração de crime de veiculação de informação enganosa, abusiva e que coloque em risco a saúde do consumidor, nos termos dos arts. 67 e 68 do CDC. Uma vez cessada a fabricação ou importação do produto, o seu fornecimento deverá ser mantido por período de tempo razoável.

14. Arts. 30 a 36 do Código de Defesa do Consumidor.

Nos termos do art. 33 do CDC, caso a oferta seja realizada por telefone ou reembolso postal, na embalagem e na publicidade veiculada deverá constar o nome do fabricante e seu endereço. Vale lembrar que a recém editada Lei nº 11.800/2008 alterou o art. 33 do Código de Defesa do Consumidor ao acrescentar que, em caso de oferta telefônica, o fornecedor somente poderá fazê-la quando a ligação for gratuita para o consumidor. Vale lembrar, ainda, que o Decreto nº 6.523/2008 estabeleceu, ainda, a vedação a que seja veiculada mensagem publicitária durante o período de espera.

Em qualquer caso, a informação ao consumidor deverá ser veiculada de modo claro e compreensível, por meios adequados a tal fim, respeitando-se os princípios de proteção ao consumidor.

As ofertas devem ser acuradas, devendo as informações veiculadas conter as características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem do produto e/ou serviço ofertado, além de informações sobre riscos ocasionados pela utilização do produto e/ou serviço. Enfim, devem ser claramente expressos todos os dados essenciais que levem ou deixem de levar o consumidor a adquirir aquele produto e/ou serviço.

Ainda quanto à oferta, deve ser mencionado que a Lei nº 10.962/2004 complementa o Código de Defesa do Consumidor ao dispor sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor.

#### ■ 9.4. PUBLICIDADE

Publicidade e propaganda não se confundem. A publicidade tem um objetivo comercial, enquanto a propaganda possui um fim ideológico, religioso, filosófico, político, econômico ou social. A publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda. Pode-se dizer que a propaganda é voltada

para a difusão de uma idéia, ao passo que a publicidade é voltada para a difusão de uma mercadoria específica (Grinover, 1991, p. 197).

O Código de Defesa do Consumidor dedicou a Sessão III do Capítulo V à publicidade, sendo esta e não a propaganda o seu objeto de regulamentação, uma vez que a publicidade é amplamente utilizada no mercado de consumo para promover uma atividade econômica. A publicidade é técnica de estimulação do consumo, sendo sua importância tão grande que fez surgir a necessidade de que fosse regrada pelo Direito.

Assim, a publicidade não se confunde com o dever de informar, sendo, sim, um direito do fornecedor. Porém, a partir do momento em que o fornecedor decide anunciar seu produto ou serviço, ele deve exercitar seu direito de forma a não violar as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor inovou ao tratar a publicidade como se oferta fosse, caracterizando-a como declaração unilateral de vontade, vinculando o fornecedor e permitindo ao consumidor exigir o cumprimento do que foi anunciado em forma publicitária. O art. 30 da lei equipara a publicidade à oferta, sendo certo que uma vez aceita pelo consumidor, é parte integrante do contrato e impõe ao fornecedor a obrigação de honrar o anúncio.

Nos termos do Código de Defesa do Consumidor, as mensagens publicitárias devem ser verdadeiras. Dessa forma, uma mensagem publicitária não pode fornecer um dado falso sobre o produto ou o serviço objeto da mensagem.

A publicidade deve observar os seguintes princípios:

- (i) o princípio da identificação da mensagem publicitária, devendo sempre o consumidor poder identificá-la como publicidade; e
- (ii) o princípio da transparência da fundamentação da mensagem publicitária, devendo a mensagem ser baseada em fatos reais, transparentes ao público.

O art. 37 do Código de Defesa do Consumidor não admite os seguintes tipos de publicidade:

- (i) **publicidade enganosa:** qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços; e
- (ii) **publicidade abusiva:** publicidade discriminatória de qualquer natureza, que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde e segurança.

Nos termos dos arts. 67 e 68, a publicidade enganosa é considerada crime, independentemente da ocorrência de dolo, uma vez que o que se quer proteger é o consumidor, considerado vulnerável em face do fornecedor.

O *caput* do art. 37, a seu turno, veda também a publicidade simulada, que é aquela que utiliza técnicas psicológicas com fins publicitários. Exemplos dessa prática são publicidades dirigidas ao subconsciente do consumidor ou aquelas sob a forma de patrocínio indireto de serviço ou produto, como entrevistas e artigos, em jornais e/ou revistas. Este tipo de publicidade fere o princípio da identificação da mensagem publicitária.

Por tudo o que se viu, temos que as práticas comerciais de publicidade e marketing são atividades lícitas. Ocorre somente que em alguns

casos podem se tornar nebulosas, diminuindo o discernimento do consumidor. Isto normalmente acontece quando:

- (i) há abuso do meio publicitário que tende a induzir o consumidor;
- (ii) há sedução desmedida na publicidade indutiva;
- (iii) há distorção na informação sobre os produtos e/ou serviços;
- e
- (iv) há a presença de práticas comerciais que não se ajustam à boa-fé.

Importante ressaltar que, nos termos do art. 30 do Código de Defesa do Consumidor, a oferta publicitária é equiparada à oferta, devendo ser cumprida pelo fornecedor.

# 10

---

## Proteção contratual

---

A

PROTEÇÃO contratual merece tratamento especial no Código de Defesa do Consumidor, como passaremos a estudar.

### ■ 10.1. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSUMO

O art. 47 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que “toda e qualquer cláusula, ambígua ou não, tem que ser interpretada de modo mais favorável ao consumidor” (Nunes, 2004, p. 602).

Já o art. 46 do Código de Defesa do Consumidor constitui uma exceção ao princípio da força obrigatória dos contratos, uma vez que um contrato, aparentemente existente e válido,

não vincula o consumidor se este não tomou conhecimento prévio de seu conteúdo. (Alvim, 1991, p. 106).

Vale lembrar que este processo interpretativo preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor abrange não somente os contratos, mas também todas as etapas de negociação<sup>1</sup>.

São diversas as previsões do Código de Defesa do Consumidor relativas aos contratos de consumo. Passaremos, a seguir, a estudá-las:

## ■ 10.2. DIREITO DE ARREPENDIMENTO – CONCEITO E FUNDAMENTO

Quando a contratação do fornecimento de um produto ou prestação de serviço ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio, o consumidor terá o prazo de 7 (sete) dias para manifestar seu desinteresse em manter o contratado, desistindo, assim, do negócio, sem que tenha de arcar com ônus de qualquer espécie. Referido prazo deve ser contado do recebimento da mercadoria ou da prestação do serviço. Este é o chamado direito de reflexão ou arrependimento.

O objetivo do legislador ao prever esta faculdade ao consumidor fundamenta-se no fato de que, nas relações contratuais efetivadas fora do estabelecimento, o consumidor encontra-se fragilizado, já que não teve tempo suficiente para refletir sobre a aquisição do produto ou serviço, e que não teve contato físico com o produto ou informações precisas sobre o serviço contratado (Calais-Auloy e Steinmetz, 2003,

1. A partir da análise dos arts. 46 e 47 do Código de Defesa do Consumidor, importante a posição do professor Alberto do Amaral Júnior, em A Boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo, *Revista de Direito do Consumidor* 6/33, 1993, que afirma categoricamente que a globalidade das cláusulas contratuais deve ser apreciada de forma finalística, verificando-se se o conteúdo do contrato se adapta aos princípios no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor.

p. 186). Dessa forma, o consumidor pode vir a celebrar contratos que normalmente não celebraria.

Nesse sentido, expõem os professores Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e James J. Marins de Souza (1995, p. 243) que o direito de arrependimento é:

um prazo de reflexão, justificável em virtude da circunstância de que o consumidor que contrata fora do estabelecimento comercial tem, evidentemente, menos condições de avaliação do que estava contratando, sobretudo se tratar-se de venda por telefone ou na casa do consumidor, pois, em casos tais, a impotência do consumidor para avaliar o contrato e suas possíveis implicações é ainda maior. A venda feita fora do estabelecimento é nitidamente mais agressiva e imprime à relação de consumo um caráter acentuado de desequilíbrio.

É interessante notar que o direito de arrependimento é uma faculdade do consumidor, que pode usar deste direito a seu exclusivo arbítrio, sem que tenha de apresentar qualquer fundamentação para tanto. Claro está que o consumidor não poderá ter utilizado o produto adquirido ou exaurido o serviço contratado. Caso contrário, configurar-se-ia o enriquecimento ilícito do consumidor.

Conforme será estudado, é de se notar que, por uma limitação de seu tempo, o legislador não estendeu especificamente a faculdade do art. 49 para os mais importantes modos de venda atualmente praticados em larga escala: a venda eletrônica e a venda por catálogo. Não nos resta dúvida, porém, que também o consumidor eletrônico deva ser beneficiado pela faculdade de arrepender-se, conforme já defendido anteriormente (Finkelstein, 2004, p. 268). O mesmo se aplica àquele consumidor que adquiriu produtos por catálogos fora de sua residência. Neste mesmo sentido, Rizzato Nunes (2004, p. 609) se posiciona.

### ■ 10.3. REQUISITOS PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Para que se exerça o direito de arrependimento, é necessário que estejam presentes os seguintes requisitos:

- a) esteja configurada a relação de consumo;
- b) o consumidor tenha adquirido o bem ou contratado o serviço fora do estabelecimento comercial; e
- c) no prazo máximo de 7 (sete) dias, a contar da assinatura do contrato ou do ato de recebimento dos produtos ou serviços, o consumidor manifeste seu interesse em desistir do negócio.

Se estiverem presentes os 3 (três) requisitos mencionados acima, o direito de arrependimento poderá ser exercido. Vale mencionar que o Código de Defesa do Consumidor não apresenta exceções à aplicação do direito de arrependimento. No entanto, tendo em vista que um dos princípios basilares de nosso direito é o princípio da boa-fé nas relações contratuais, é nossa opinião que algumas exceções poderiam ser adotadas por nosso legislador ou, talvez, aplicadas casuisticamente pelo Poder Judiciário<sup>2</sup>.

### ■ 10.4. GARANTIA CONTRATUAL

#### ■ 10.4.1. Garantia legal x garantia contratual

Diferentemente do que ocorre com a garantia legal, que obviamente decorre da lei, a garantia contratual apenas poderá ser exigida

2. A Diretiva nº 97/7/CE da União Europeia, em sentido contrário, dispõe em seu art. 3º um rol de hipóteses às quais, mesmo que os contratos tenham sido realizados a distância, não se aplicam os dispositivos atinentes ao direito de arrependimento. É o caso dos contratos de fornecimento de gêneros alimentícios, bebida ou outro bem para uso doméstico de consumo corrente e o de contratos de fornecimento de serviços relativos a aluguel, a transporte, a restaurante a céu aberto.

quando expressamente estabelecida pelo fornecedor. Isso porque a garantia contratual constitui uma mera liberalidade do fornecedor, sendo que o mesmo poderá outorgá-la ou não, conforme seu entendimento.

A garantia legal, por sua vez, é obrigatória e inderrogável. Não é possível que o fornecedor ou mesmo o consumidor disponham no sentido de a mesma não ser aplicada a uma determinada relação de consumo. Conforme destaca Nelson Nery Jr. (2004, p. 553), o princípio da garantia legal deflui de todo o sistema do Código de Defesa do Consumidor. Sempre que este estabelece uma obrigação para o fornecedor, está, de fato, conferindo garantia legal ao consumidor.

A garantia legal independe de expressa estipulação. Ela deve ser conhecida pelo fornecedor e sua execução deve sempre ser pleiteada pelo consumidor<sup>3</sup>.

A garantia contratual, por sua vez, tem como característica o fato de ser facultativa e complementar à garantia legal, não sendo de forma alguma possível que a garantia contratual substitua a garantia legal.

A garantia contratual constitui, assim, um adicional conferido ao consumidor. Geralmente, é conferida pelo fornecedor como uma forma de representar um atrativo para o consumo e um diferencial em relação aos produtos ou serviços similares no mercado.

### ■ 10.5. TERMO DE GARANTIA

Por constituir uma faculdade do fornecedor, os termos da garantia e prazos estipulados também serão elaborados de acordo com a conveniência do fornecedor. No entanto, existem algumas diretrizes que

3. Neste sentido, vale transcrever o já estudado art. 24: "a garantia legal de adequação do produto ou serviço independe de termo expresso, vedada a exoneração contratual do fornecedor".



devem ser seguidas pelo fornecedor quando da elaboração do termo de garantia.

Primeiramente, o termo de garantia deve ser efetuado por escrito, sendo que o fornecedor deve estabelecer com clareza em que consiste a garantia e qual é a sua extensão. Deve, ainda, informar a forma, o prazo e o lugar em que a mesma pode ser exercida.

O cumprimento destas exigências torna-se necessário tendo em vista que o acesso à informação clara e precisa é direito básico do consumidor, nos termos do inciso III do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, já comentado. Ademais, o conteúdo do termo da garantia pode ser um fator determinante a um consumidor na hora em que o mesmo celebra um contrato de consumo. Nada mais justo que o mesmo seja devidamente informado sobre os termos da garantia conferida.

O termo de garantia deve ser preenchido pelo fornecedor e entregue ao consumidor no momento em que é concluído o contrato de consumo. A omissão no cumprimento desta obrigação enseja ao fornecedor não somente a indenização por perdas e danos sofridos pelo consumidor mas, ainda, configura uma conduta criminosa, nos termos do art. 74 do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, o parágrafo único do art. 50 do diploma em comento impõe ao fornecedor a obrigação de preparar manual de instrução, instalação e uso do produto em linguagem clara, didática e com ilustrações.

## ■ 10.6. CLÁUSULAS ABUSIVAS

### ■ 10.6.1. Introdução

É de se notar que os Direitos do Consumidor são sumamente contrários a toda regulamentação que pautou o desenvolvimento do

Capitalismo, a começar pelo liberalismo econômico e ao amplamente aceito princípio da autonomia da vontade e seu corolário, o princípio da força obrigatória do contrato.

O princípio da força obrigatória consubstancia-se na regra de que o contrato é lei entre as partes. Celebrado um contrato com observância de todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos. A consequência era a de que regras contratuais deveriam valer tão somente para a interpretação dos contratos. Esta é a chamada liberdade de contratar, lastreada em uma visão liberal e individualista do Direito.

O fenômeno do desenvolvimento do capitalismo levou a um total desequilíbrio das partes contratantes, em face do corolário da autonomia da vontade, o princípio da força obrigatória dos contratos. Assim, só uma das partes passou a ter condições de estabelecer a *lex contractus*, o que acabou por ocasionar relações e obrigações distorcidas.

Dessa forma, foi obrigação que coube à doutrina e à jurisprudência amenizar o princípio da força obrigatória. Com isso, visou-se favorecer a parte considerada mais fraca. A situação consagrada pela doutrina moderna foi a seguinte: o princípio da força obrigatória continuaria em vigor, mas somente para os casos cujo pressuposto básico fosse o da igualdade entre as partes. No Brasil, essa suavização em matéria legislativa coube ao Código de Defesa do Consumidor, que consagrou a hipossuficiência do consumidor.

A coibição das cláusulas abusivas surgiu, então, da superação da noção clássica de contrato como expressão da autonomia da vontade, de inspiração marcadamente racional e individualista (Grau, 2000, p. 125).

Fácil notar que o momento tornou-se extremamente propício para a imposição unilateral de cláusulas que não correspondiam ao real desejo da parte contratante mais fraca, uma vez que o desequilíbrio

social gerava essa situação (Ramsay, 1989, p. 95). A prática da inserção em textos contratuais de cláusulas abusivas tornou-se cada vez mais comum, em especial em contratos de consumo.

Com o crescimento das distorções, o Estado passou a ter um papel mais ativo em suas correções, deixando de ter apenas uma função garantidora, para intervir na ordem econômica, visando garantir o bem-estar social de seu povo (“Estado Intervencionista”). Acompanhando esta tendência, o princípio da autonomia das vontades passou a ser mitigado, dando lugar a uma interpretação socializante dos contratos, ressaltando, assim, a “função social dos contratos”, conceito este fortemente abraçado pelo Código Civil de 2002, em seus arts. 421 e 422.

#### ■ 10.6.2. As cláusulas abusivas

As cláusulas abusivas são aquelas que criam desequilíbrio contratual entre as partes, de modo que são contrárias ao princípio da boa-fé que pontua o Direito dos contratos.

Segundo Nelson Nery Jr. (1991, p. 334): “Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, (...)”.

Esse tipo de cláusula normalmente surge quando uma parte encontra-se em posição de impor condições à outra, situação muito normal em se tratando de relações de consumo, nas quais o poder e conhecimento do fornecedor superam em muito os do consumidor.

As cláusulas abusivas devem ser vedadas em face da necessidade de proteger o consumidor contra a possibilidade de determinação unilateral das condições contratuais por parte dos fornecedores. Como se verá, muitas vezes as cláusulas abusivas acabam sendo inseridas no corpo de contratos de adesão, muito embora os dois conceitos não se confundam de forma alguma.

#### ■ 10.6.3. Da coerção das cláusulas abusivas pelo Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor, sem dúvida, é o diploma legal que melhor dispôs sobre a coerção às cláusulas abusivas em nosso país, muito embora a matéria já tivesse sido objeto do Código Civil de 1916<sup>4</sup>, ainda que de forma genérica e dispersa.

Ademais, mesmo antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência já coibia a abusividade das cláusulas contratuais<sup>5</sup>.

Segundo o art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, já estudado, toda e qualquer disposição contratual será interpretada em favor do consumidor.

Assim, o “Código do Consumidor criou uma cláusula geral que autoriza o repúdio das cláusulas abusivas que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade”. (Menezes, 1996, p. 84)

O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor apresenta uma lista das chamadas cláusulas abusivas. De forma resumida, são elas: (i) cláusula de não indenizar nos contratos de consumo; (ii) cláusula de renúncia ou disposição de direitos; (iii) cláusula de limitação da

4. Arts. 115, 918 e 1.372 do Código Civil de 1916.

5. “Compromisso de Compra e Venda – Bem imóvel – Cláusula resolutória que prevê a perda de 90% das importâncias pagas pelos promitentes compradores – Invalidez – Dispositivo leonino. Ementa oficial: o individualismo e a interpretação que se atenha de maneira escrita ao teor de determinadas cláusulas contratuais não se compadece com as modernas tendências do Direito de procurar efetiva comutatividade e equilíbrio na interpretação e aplicação das normas convencionais. Não mais é possível, neste final de século XX, argumentar de maneira singela só com a prevalência do ajuste de vontades para impor a uma das partes, em profundo desequilíbrio no cumprimento de contrato, não só a perda do imóvel, como também da quase integralidade das parcelas pagas. Se a lei reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a autorregulamentação dos interesses privados, sua importância e força diminuiram, levando à relativização da força obrigatória e intangibilidade do contrato, permitindo aos Juízes um controle de seu conteúdo, em ordem a suprimir as cláusulas abusivas.” (TJSP, 13ª C. Cível, AC nº 238.020-2/0, j. em 30/06/1994, Rel. Marrey Neto, RT 708/95-106)

indenização; (iv) reembolso da quantia paga pelo consumidor; (v) transferência de responsabilidades; (vi) obrigações iníquas e vantagem exagerada; (vii) cláusula incompatível com a boa-fé e equidade; (viii) cláusula-surpresa; (ix) inversão prejudicial do ônus da prova; (x) arbitragem compulsória; (xi) representante imposto; (xii) cláusula-mandato; (xiii) opção exclusiva do fornecedor; (xiv) alteração unilateral do preço; (xv) cancelamento unilateral do contrato; (xvi) ressarcimento unilateral dos custos de cobrança; (xvii) modificação unilateral do contrato; (xviii) violação de normas ambientais; (xix) desacordo com o sistema de proteção ao consumidor; (xx) renúncia à indenização por benfeitorias necessárias; (xxi) presunção relativa da vantagem exagerada; (xxii) ameaça do objeto ou do equilíbrio do contrato; (xxiii) onerosidade excessiva para o consumidor; e (xxiv) conservação do contrato.

Convém lembrar que referido rol é exemplificativo, uma vez que comporta inúmeras outras possibilidades não enumeradas, sendo complementado por diversas normas administrativas, expedidas pela Secretaria de Direito Econômico<sup>6</sup>, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, bem como por diversos outros órgãos que compõem a administração pública<sup>7</sup>, inclusive o Procon<sup>8</sup>. Contudo, poderá o aplicador da lei fulminar de nulidade uma determinada cláusula, considerando-a

6. Algumas portarias da Secretaria de Direito Econômico trazem um rol, também exemplificativo, de cláusulas consideradas abusivas. São elas a Portaria nº 5, de 27 de agosto de 2002, a Portaria nº 4, de 13 de março de 1998, Portaria nº 3, de 19 de março de 1999 e Portaria nº 22, de 15 de março de 1999.

7. Os órgãos reguladores de vários setores já legislaram sobre a matéria. Assim, o Banco Central, por meio da Resolução nº 2.878, de 26 de julho de 2001, editou o chamado “Código do Consumidor Bancário”, aplicável às instituições financeiras autorizadas na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral, estabelecendo, de maneira esparsa, uma série de cláusulas consideradas abusivas. Embora referido normativo seja aplicável à atividade bancária, isto não afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Também o Conselho Nacional de Seguros Privados e a Susep já se manifestaram.

8. Portaria nº 3 de 15 de março de 2001.

como abusiva, desde que verifique que não há equilíbrio entre as posições contratuais e que a execução dessa cláusula pode gerar limitação ao exercício de direitos por parte do consumidor. Desta forma, nem o Código de Defesa do Consumidor, nem as regras expedidas pelos órgãos reguladores são suficientes para esgotar o rol de cláusulas consideradas abusivas (Grinover, 2004, p. 562). Lembre-se, ademais, que o art. 51 do Código contém uma fórmula geral que estaria apta a abranger todos os casos, pois que em seu *caput* consta a expressão “entre outras”.

Não é demais lembrar que este rol foi extraído da experiência estrangeira, nacional e da jurisprudência, conforme nos lembra João Batista de Almeida (2003, p. 110).

As cláusulas abusivas contempladas pelo direito brasileiro podem ser separadas como segue:

- (i) cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual;
- (ii) cláusulas limitativas do acesso à justiça;
- (iii) cláusulas-mandato;
- (iv) cláusulas de declarações fictícias, de informação, de consenso ou de entrega fictícias;
- (v) cláusulas atípicas de remuneração;
- (vi) cláusulas de extinção de vínculo; e
- (vii) cláusulas-barreira<sup>9</sup>.

#### ■ 10.6.4. Do controle de cláusulas abusivas

O comportamento dos fornecedores pode ser sancionado de maneira preventiva<sup>10</sup> ou repressiva.

9. Referida classificação é formulada por Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 425.

10. Ainda que nem sempre.

Preventivamente são sancionadas as práticas comerciais, nos termos dos arts. 39 a 41 do Código de Defesa do Consumidor. Este controle prévio tem por objetivo evitar a celebração de contratos que contemplem vícios desde sua formação. (Bourgoigne, 1993, p. 12)

Já o controle repressivo é exercido por meio da vedação à utilização de cláusulas abusivas. É nosso entendimento que esse controle pode se dar judicial<sup>11</sup> ou mesmo administrativamente (Lorenzetti, 2001, p. 493). Esta repressão busca o equilíbrio econômico de uma relação contratual já estabelecida, atribuindo-se a nulidade absoluta às disposições que acarretem prejuízos ao consumidor.

É de se ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor privilegiou a equidade em detrimento da vontade, como uma forma de alcançar o equilíbrio das relações contratuais de consumo.

A seu turno, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que em contratos bancários a abusividade não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, devendo, sempre, ser pleiteada pelo consumidor que se julgar lesado<sup>12</sup>.

Mencione-se, ainda, a Súmula 302 do Superior Tribunal de Justiça sobre cláusulas abusivas, *infra* transcrita:

Súmula 302 – É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado.

#### ■ 10.6.5. Nulidade das cláusulas abusivas

Qualquer cláusula cujo conteúdo constitua fonte potencial de desequilíbrio contratual ou limitação dos direitos dos consumidores,

11. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que decidiu controvérsia relativa à nulidade de cláusula instituindo mandatário com base na legislação infraconstitucional pertinente. Questão insuscetível de ser apreciada em sede extraordinária ante a manifesta ausência de prequestionamento dos temas constitucionais veiculados no apelo extremo, além de não se verificar, na hipótese, afronta direta ao texto constitucional. Agravo regimental desprovido (AI 279159, AgR/SP; Ag. Reg. no agravo de instrumento; Relator(a): Min. Ilmar Galvão; j. 03/10/2000; Órgão Julgador: Primeira Turma; DJ 02-02-2001, p. 00098 Ementa Vol-02017-20 p. 4408).

12. STJ/08, REsp 106/530

abrangida ou não pelo rol do art. 51 do CDC ou pelos atos normativos de órgãos reguladores, está apta a ser fulminada pela nulidade absoluta, designada pelo Código de Defesa do Consumidor como nulidade de “pleno direito”.

A denominação conferida pelo Código de Defesa do Consumidor a esta nulidade é passível de críticas, uma vez que a nulidade absoluta jamais pode ser sanada, mesmo que assim desejem as partes, vedado que fica ao juiz supri-la, ainda que a requerimento das partes, conforme se depreende da leitura do parágrafo único do art. 168 do Código Civil de 2002.

Temos, assim, que essa disposição, por si só, fundamenta a afirmação de que não há qualquer semelhança entre as chamadas nulidades absolutas do sistema do Código Civil e entre as chamadas nulidades de pleno direito do Código de Defesa do Consumidor.

A disposição do Código Civil é em sentido exatamente contrário ao disposto pelo Código de Defesa do Consumidor.

Conforme se estudou, o inciso V do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor torna sanáveis as nulidades advindas de cláusulas abusivas, sendo que esse é um dos direitos básicos do consumidor.

Nesse sentido, pode-se entender que o Código de Defesa do Consumidor tornou sanáveis nulidades consideradas absolutas que, por definição, são insanáveis.

Independentemente, porém, da denominação, cumpre verificar se a atribuição de nulidade absoluta a uma só cláusula fulmina de nulidade todo o contrato, ou se deve ser aplicado o chamado princípio da conservação do negócio jurídico (Azevedo, 2000, p. 66), o qual entendemos pertinente.

Conforme o princípio da conservação do negócio jurídico, a nulidade de uma cláusula de um contrato não leva à nulidade de todo o negócio, consoante a aplicação da regra da nulidade parcial. A

doutrina, com apoio em Trabucchi (2000, p. 66) enumera três hipóteses de separação entre a parte nula e a parte válida, quais sejam:

- (i) celebração do negócio, mesmo sem a cláusula considerada nula;
- (ii) possibilidade de substituição da cláusula nula por outra válida; e
- (iii) incapacidade de uma das partes em negócio plurilateral, desde que a participação dessa parte não seja essencial. A regra da nulidade parcial estava prevista no art. 153 do Código Civil de 1916 e no art. 184 do Código Civil de 2002.

Note-se que referida regra também é contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo aplicável aos contratos de consumo, em face da aplicação do princípio da especialidade. Neste sentido, o § 2º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

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

A nulidade das cláusulas abusivas é matéria de ordem pública e, por isso, não preclui, podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. Ademais, é possível o seu conhecimento e decretação de ofício (Nunes, 2004, 621).

Nelson Nery Jr. entende que a ação para pleitear em juízo a nulidade das cláusulas abusivas é imprescritível (2004, p. 561), uma vez que o Código de Defesa do Consumidor não fixou nenhum prazo para o exercício do direito de pleitear a sua nulidade em juízo. Entendem desta forma Rizzatto Nunes (2004, p. 621) e João Batista de Almeida (2003, p. 110).

Importa salientar que é possível vislumbrar em nossos tribunais a decretação de nulidade de cláusulas abusivas tanto em hipóteses

previstas expressamente no rol do art. 51, como nos casos em que há abusividade sem que o legislador a tenha previsto.

A fim de ilustrar o primeiro caso, podemos destacar a decisão proferida pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 602397, julgado em 21 de junho de 2005, cuja ementa segue abaixo:

Consumidor. Plano de saúde. Cláusula abusiva. Nulidade. Rescisão unilateral do contrato pela seguradora. Lei nº 9.656/1998. É nula, por expressa previsão legal, e em razão de sua abusividade, a cláusula inserida em contrato de plano de saúde que permite a sua rescisão unilateral pela seguradora, sob simples alegação de inviabilidade de manutenção da avença. Recurso provido.

Nos termos do voto proferido pelo Ministro Castro Filho:

É de se observar que a cláusula em comento traz vantagem exagerada à seguradora, em detrimento do segurado. Também vai contra o objetivo dessa espécie contratual e de seu princípio fundamental, qual seja, a proteção contra eventuais moléstias. É claramente nula, portanto, por ofender o disposto no art. 51, inciso IV, e § 1º, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor.

Com relação à segunda hipótese, podemos mencionar a decisão proferida pela Décima Sétima Câmara Cível no julgamento do Agravo de Instrumento 2005.002.14526:

“Ação de busca e apreensão – Cláusula de eleição de foro – A relação de consumo tem respaldo no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal e na Lei nº 8.078/1990, que estabelece, como um de seus dogmas, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, em juízo, conforme determina o art. 6º, inciso VIII, cominando de nulidade de pleno direito as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas abusivas

e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, em desacordo com o sistema de proteção do Código de Defesa do Consumidor – Nulidade da cláusula de eleição de foro, para que a demanda seja proposta no foro de domicílio do Réu – Desprovisionamento do Agravo de instrumento”.

## ■ 10.7. CONTRATOS DE ADESÃO

### ■ 10.7.1. Considerações gerais

A complexidade do mundo dos negócios apresenta como efeito a chamada padronização dos contratos, dando ensejo ao surgimento do chamado contrato de adesão.

Adicionalmente, com o crescimento da produtividade e também da sociedade de consumo, aumentou gradativamente a necessidade por uma maior rapidez na celebração de vínculos jurídicos. A padronização das relações jurídicas foi, portanto, a consequência direta desta necessidade. Em face disso, os contratos e suas cláusulas também foram padronizados. Assim, proliferaram os chamados contratos de adesão (Gonçalves, 2002, p. 63).

O contrato de adesão surge quando uma parte encontra-se em posição de impor condições à outra. Neste caso, a possibilidade de surgimento de cláusulas consideradas abusivas é quase certa, sendo essa uma situação comum quando se trata de uma relação de consumo<sup>13</sup>.

13. “Agravo regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Comercial. Contrato de adesão. Cláusula contratual. Interpretação. Impossibilidade. Devolução de parcelas ao consorciado por seu valor histórico e nominal. Incidência de redutor. Matéria não recorrida. Incidência da Súmula 283/STF. 1. Nulidade de cláusula inserta em contrato de adesão, que estabelece a restituição de parcelas ao consorciado por seu valor histórico e nominal, com incidência de percentual redutor. Matéria não recorrida. Incidência da Súmula 283-STF. 2. Reexame de cláusula contratual. Impossibilidade. Súmula 454-STF. Agravo regimental não provido (RE 246255, AgR/AC; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário; Relator(a): Min. Maurício Corrêa; j. 29/06/1999; Órgão Julgador: Segunda Turma; DJ 15-10-1999, p. 00012 Ement Vol-01967-12 p. 2430).”

Os contratos de consumo materializam-se, na maioria das vezes, por meio de contratos de adesão (Martins, 2002, p. 93) que, uma vez celebrados, provocam um desnível das condições econômicas das partes por ocasião de suas respectivas execuções (Gomes, 1990, p. 118). O Código Civil de 2002, em seu art. 424, dispõe especificamente sobre contratos de adesão<sup>14</sup>.

Contrato de adesão é negócio jurídico pelo qual uma das partes aceita em bloco ou rejeita em bloco disposições contratuais propostas pela parte contrária, sem a oportunidade de negociá-las. É uma forma de negociação em massa, que pode se dar, inclusive, de forma verbal (Grinover, 2004, p. 624).

Portanto, nos contratos de adesão somente duas situações são possíveis: ou a completa aceitação do texto contratual, ou a sua completa rejeição. Fácil notar, assim, que há maior possibilidade de proliferação de cláusulas abusivas em contratos de adesão.

Desta feita, contratos de adesão que trazem em seu corpo cláusulas abusivas devem ser coibidos e atualmente o são, em muitos casos<sup>15</sup>.

É de se ressaltar que, por muitos anos, o Código de Defesa do Consumidor foi o único diploma legal que regulamentou os contratos de adesão.

### ■ 10.7.2. Contratos de adesão e cláusulas abusivas

Cláusulas abusivas e contratos de adesão são, sem dúvida, fenômenos interligados, muito embora os contratos de adesão não sejam

14. “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

15. “Contrato – Prestação de serviços – Serviços médico-hospitalares – Recusa da administradora na internação e tratamento médico de segurada portadora de AIDS – Impossibilidade – Hipótese de contrato de adesão, onde a falta de clareza e concisão do instrumento fazem presumir a ausência de esclarecimento ao aderente sobre o alcance do pacto – Art. 54, §§ 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor – Ação de obrigação de pagamento e cautelar parcialmente procedentes – Recurso Improvido” (Lex 171/114)

os únicos meios de proliferação das cláusulas abusivas. Elas também surgem em outras situações contratuais não caracterizadas pela aderência de uma das partes.

As cláusulas abusivas podem estar presentes em qualquer contrato em que exista situação de desequilíbrio contratual. Por este motivo é que o Código de Defesa do Consumidor, primeiro diploma legal brasileiro a regular os contratos de adesão, dispôs separadamente sobre os dois temas.

Isso porque os contratos de adesão não são coibidos, já as cláusulas abusivas, como se viu, o são.

### ■ 10.7.3. Regras do contrato de adesão

O § 1º do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor permite a inserção de cláusula nova em formulário impresso. Esta inserção não desfigura a natureza adesiva do contrato. Na eventualidade da inserção de novas cláusulas, manuscritas ou datilografadas, estas terão prevalência sobre as impressas. O objetivo deste dispositivo é que o caráter adesivo do contrato não seja desfigurado em face da inserção de novas cláusulas pelo aderente. Note-se, no entanto, que, com a disseminação do uso do computador, este dispositivo não apresenta relevância nos dias atuais.

Segundo o § 2º do mesmo artigo, caso seja lesado o consumidor, este poderá optar entre a rescisão contratual acrescida de perdas e danos e o cumprimento da obrigação. Note-se que a resolução contratual operar-se-á mediante requerimento da parte prejudicada.

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

Nelson Nery Jr. (2004, p. 624) denomina tal fato como princípio da legibilidade das cláusulas contratuais. Essa disposição visa que,

ainda que a forma do contrato seja de adesão, o consumidor possa tomar conhecimento do seu conteúdo sem nenhum conhecimento mais profundo da terminologia utilizada. Claro está que – já que o consumidor não terá oportunidade de negociar as cláusulas – que ele ao menos as compreenda.

A Lei nº 11.785/2008 modificou o § 3º do art. 54 do Código de Defesa do consumidor. Segundo esse novo parágrafo, os contratos de adesão, além de redigidos em termos claros, serão redigidos com caracteres ostensivos e legíveis, *cujo tamanho da fonte não será inferior à de nº 12.*

### ■ 10.8. SNDC – SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O Estado, no intuito de atender às reclamações e às dúvidas do consumidor, criou o SNDC, integrado pelos órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal, municipais e pelas entidades de defesa do consumidor, nos termos do art. 105 do Código de Defesa do Consumidor.

Esse Sistema Nacional destina-se a proporcionar uma atuação coordenada em termos de proteção dos direitos do consumidor. A extensão territorial do país exige que a abrangência desse sistema seja nacional, descentralizando-se o controle e aplicação das penalidades.

Essa atuação coordenada está em sintonia com os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, expressos no art. 4º do CDC.

O SNDC é coordenado pelo DPDC – Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, o qual está subordinado à Secretaria Nacional de Direito Econômico do Ministério da Justiça. O art. 106 do CDC prevê as atribuições do DPDC.

Os Procons, por sua vez, destacam-se como órgãos estaduais e municipais de orientação e proteção do consumidor, prestando também serviços de mediação, encaminhamento das reclamações aos órgãos fiscalizadores (Inmetro, Ipem etc.) ou ao MP, ou mesmo sugerindo ao consumidor que busque a tutela de seus direitos perante o Poder Judiciário.

Outra importante atividade desempenhada pelos Procons refere-se à fiscalização das infrações praticadas contra os consumidores, nos termos do Decreto nº 2.181/1997, com possibilidade de aplicação de sanções administrativas e multas.

O art. 105 do CDC também prevê, em seu *caput*, a participação das entidades civis de defesa do consumidor como integrantes do SNDC. As principais atribuições dessas entidades são (a) representação do consumidor em juízo (art. 82, IV do CDC), (b) orientação aos consumidores, e (c) encaminhamento de denúncias aos órgãos públicos a respeito das infrações à legislação protetiva do consumidor. Vale salientar que essas entidades civis não podem fiscalizar o cumprimento das normas de proteção aos direitos do consumidor. Entretanto, pode encaminhar denúncias aos órgãos públicos, nos termos do art. 8º, I, c/c art. 9º do Decreto nº 2.181/1997.

Entre outros órgãos, também integram o SNDC o MP, as Defensorias Públicas, as Agências reguladoras de serviços públicos (Aneel – Agência Nacional de Energia Elétrica; Anatel – Agência Nacional de Telecomunicações; Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária; ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar), o Banco Central, o Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e a Susep – Superintendência de Seguros Privados, por desempenharem atividade própria de defesa do consumidor.

### ■ 10.8.1. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Na medida em que o fornecedor infringe as normas de proteção do consumidor, abre-se espaço para a aplicação das sanções administrativas, as quais estão previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, sem prejuízo das sanções civis, penais e de outra natureza, previstas em normas específicas.

De acordo com Zelmo Denari, essas sanções podem, basicamente, ser classificadas nas seguintes modalidades<sup>16</sup>:

- a) **sanções pecuniárias:** representadas pelas multas, e aplicadas em decorrência do inadimplemento dos deveres de consumo;
- b) **sanções objetivas:** envolvem bens ou serviços colocados no mercado de consumo, compreendendo a apreensão, a inutilização, a cassação do registro, e a proibição de fabricação ou suspensão do fornecimento de produtos ou serviços;
- c) **sanções subjetivas:** referem-se à atividade empresarial ou estatal dos fornecedores de bens ou serviços, compreendendo a suspensão temporária da atividade, a cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; a interdição total ou parcial de estabelecimento, obra ou atividade; a intervenção administrativa, e a imposição de contrapropaganda.

Essas sanções são aplicadas e cobradas pela própria Administração, por meio de procedimento administrativo regulamentado pelo Decreto nº 2.181/1997.

As sanções previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VIII do art. 56 do CDC e no art. 18 do Decreto nº 2.181/1997 são aplicadas quando constatados vícios de quantidade ou de qualidade por inadequação ou insegurança do produto ou serviço (art. 58 do CDC).

16. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, in Ada P. Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 649-650.



Quanto às sanções constantes dos incisos VII, IX, X e XI do art. 56 do Código de Defesa do Consumidor, são aplicadas na hipótese de o fornecedor reincidir nas práticas infrativas de maior gravidade (art. 59).

Insta salientar que o Decreto nº 2.181/1997 traz relevantes novidades no âmbito das sanções administrativas, definindo as práticas sujeitas a multa (arts. 19 a 22), estabelecendo a responsabilidade solidária de todos os participantes das práticas infrativas (art. 18, § 1º), e estipulando o procedimento de aplicação das penalidades pelos respectivos órgãos competentes (art. 18, §§ 2º e 3º).

De acordo com Eduardo Arruda Alvim, esse elenco de sanções administrativas previstas no art. 56 do CDC é enunciativo, e não exaustivo, pois tais sanções convivem com as de natureza civil, penal e outras especificamente estabelecidas, definidas em normas específicas, nos termos do art. 56, *caput*, do CDC<sup>17</sup>.

Avaliemos as referidas sanções administrativas:

a) multa

A multa apresenta-se como sanção pecuniária, sendo aplicada mediante procedimento administrativo (CDC, art. 56, I, c/c art. 57), revertendo para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos da pessoa jurídica que impuser a sanção. Nos termos do art. 30 do Dec. nº 2181/1997, os valores arrecadados destinam-se

*ao financiamento de projetos relacionados com os objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, com a defesa dos direitos básicos do consumidor e com a modernização administrativa dos órgãos públicos de defesa do consumidor, após aprovação pelo respectivo Conselho Gestor, em cada unidade federativa.*

17. Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim, James Marins. *Código do Consumidor comentado*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 272.

O Decreto nº 2.181/1997 estabelece as hipóteses de incidência da multa bem como os fatores a serem considerados para sua gradação, quais sejam, (a) a gravidade da infração, (b) a extensão do dano causado aos consumidores, (c) a vantagem auferida pelo fornecedor com a infração, e (d) a condição econômica do fornecedor.

O referido decreto também prevê as circunstâncias atenuantes e agravantes que influenciam quando da aplicação da sanção administrativa<sup>18</sup>.

b) apreensão do produto

Tal providência visa retirar do mercado o produto que não atenda às exigências da legislação de proteção dos direitos do consumidor, sendo impróprio para o consumo, apresentando vícios de quantidade ou qualidade.

De acordo com Bruno Miragem, a apreensão do produto é sanção que não se submete à necessidade de prova dos riscos ou das características dos produtos que determinem a possibilidade de prejuízos à saúde e segurança do consumidor. São providências urgentes, a serem tomadas pela Administração. Exemplificando, o autor citado entende que, se a vigilância sanitária tiver indícios plausíveis de defeitos em

18. "Art. 25. Consideram-se circunstâncias atenuantes: I – a ação do infrator não ter sido fundamental para a consecução do fato; II – ser o infrator primário; III – ter o infrator adotado as providências pertinentes para minimizar ou de imediato reparar os efeitos do ato lesivo. Art. 26. Consideram-se circunstâncias agravantes: I – ser o infrator reincidente; II – ter o infrator, comprovadamente, cometido a prática infrativa para obter vantagens indevidas; III – trazer a prática infrativa consequências danosas à saúde ou à segurança do consumidor; IV – deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas consequências; V – ter o infrator agido com dolo; VI – ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo; VII – ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial, interditadas ou não; VIII – dissimular-se a natureza ilícita do ato ou atividade; IX – ser a conduta infrativa praticada aproveitando-se o infrator de grave crise econômica ou da condição cultural, social ou econômica da vítima, ou, ainda, por ocasião de calamidade."

medicamento ou da má qualidade de alimentos, a apreensão deve abranger todo o universo de produtos, impedindo-se danos ao consumidor.<sup>19</sup>

c) inutilização do produto

Essa medida objetiva impedir que os produtos cheguem ao consumidor, por trazerem risco à saúde.

d) cassação do registro do produto junto ao órgão competente

Tal cassação do registro junto ao órgão administrativo competente impede que o produto seja produzido, distribuído e comercializado. Trata-se de sanção que somente pode ser aplicada após o devido processo administrativo, sob pena de violação constitucional.

e) proibição de fabricação do produto

Nesse caso, constatando-se sua alta potencialidade lesiva, o produto deve ter sua fabricação proibida, evitando-se futuros danos ao consumidor.

f) suspensão de fornecimento de produtos ou serviços

A suspensão denota paralisação temporária do fornecimento desses produtos ou serviços, dada a possibilidade de virem a causar danos aos consumidores. Tal suspensão perdura até que se constate se tais produtos ou serviços são efetivamente danosos ou não.

g) suspensão temporária de atividade

A temporariedade da suspensão, a exemplo do comentário anterior, visa obstar a atividade até que se constate se é danosa ao consumidor.

h) revogação de concessão ou permissão de uso

Tal medida pretende proteger o consumidor de concessionárias ou permissionárias de serviços públicos que desatendam ao CDC e legislação correlata.

19. Claudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin, Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 859.

i) cassação de licença do estabelecimento ou de atividade

Trata-se de sanção que se aplica ao fornecedor que desrespeitar a legislação de proteção do consumidor e, por isso, tenha sua licença cassada, de forma a impedir-se a continuidade da prática ilícita.

j) interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade

Essa medida sancionatória aplica-se caso as sanções anteriores – tais como apreensão ou inutilização do produto, cassação de registro de produto e cassação de licença do estabelecimento – se mostrem insuficientes para obstar a ilicitude.

k) intervenção administrativa

A intervenção administrativa consiste na remoção dos dirigentes administrativos recalcitrantes, de forma que o serviço público essencial seja restabelecido e prestado ao consumidor continuamente (art. 59, § 2º, do CDC).

Esta sanção é tipicamente de caráter preventivo, preservando-se a prestação adequada dos serviços nas situações em que estes possam ter sua continuidade ou adequação afetadas por problemas decorrentes das concessionárias ou permissionárias dos serviços públicos.

l) imposição de contrapropaganda

A contrapropaganda é cabível como sanção nas específicas hipóteses de propaganda enganosa ou abusiva. Nesses casos, o fornecedor-infrator é sancionado de forma a divulgar, às suas expensas, outra mensagem, do mesmo modo, frequência e dimensão e, de preferência, no mesmo veículo, local, espaço e horário, para desfazer os males causados pelo ilícito (CDC, art. 56, XII, c/c art. 60, *caput*, e § 1º).

---

P A R T E

II

Direito Processual

---

FERNANDO SACCO NETO

# 1

---

## Tutela processual dos direitos do consumidor

---

### ■ 1.1. OBSERVAÇÕES INICIAIS

**A**NTERIORMENTE à Revolução Industrial as relações contratuais tinham como um de seus pilares o respeito à autonomia da vontade das partes, atribuindo-se grande relevância aos direitos individuais. Privilegiava-se a liberalidade como importante aspecto das aspirações individualistas burguesas.

Essa liberdade, todavia, fez-se acompanhar da responsabilização plena dos contratantes pelos compromissos assumidos. Ou seja, *pacta sunt servanda*. A *segurança* era tida como valor superior à *justiça* dos contratos. Os cidadãos tinham autonomia para contratar, mas depois de celebrados os contratos, esses deveriam ser respeitados, não se admitindo alterações das avenças para que não se comprometesse o equilíbrio do sistema.

Com o tempo as relações sociais foram ganhando contornos cada vez mais massificados. Os princípios reguladores dos contratos, então, precisaram ser revistos para que se mantivessem capazes de atender às suas funções sociais. Surgiram, assim, várias leis destinadas à defesa de grupos mais vulneráveis, entre os quais os consumidores, que, já naquela época, careciam de tutela diferenciada.

O Estado liberal do século XIX substituiu-se pelo Estado Social do século XX, o qual, além de organizar politicamente a sociedade, incluiu entre os seus objetivos a garantia dos direitos sociais e econômicos, intervindo e limitando, em certos aspectos, as vontades dos contratantes. Essa nova e diferente postura estatal foi necessária, pois a liberdade cultuada no sistema liberal anterior não subsistia, vez que seus postulados passaram a não responder com efetividade às desigualdades havidas entre os contratantes.

Não se sustentava mais a ideia de que o contrato seria justo pela só circunstância de ter sido elaborado livremente pelas partes. Era necessária uma intervenção jurídica que considerasse as condições diferenciadas dos mais debilitados para que se alcançasse um equilíbrio.

Assim, além do valor *segurança* pregado pelo Estado Liberal, somou-se às preocupações estatais o valor *justiça* das relações contratuais, e a harmonização dos interesses passou a ser pretensão não apenas das partes, mas também do Estado.

Depois, com a industrialização e massificação social e conseqüente multiplicação das relações contratuais, a concepção de contrato do sistema anterior não tinha mais condições de responder adequadamente.

Mauro Cappelletti, na década de 1970, reconheceu que vivíamos em “uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa (...)”<sup>1</sup>.

1. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil (trad. Nelson Renato Palaia

O CPC, por sua vez, datado de 1973, e concebido para solucionar os conflitos individuais, apresentava-se incapaz para tutelar os direitos metaindividuais. De acordo com a concepção liberalista e individualista, o direito subjetivo deveria sempre referir-se a um titular determinado ou determinável, o que dificultava a proteção jurídica de interesses pertinentes à coletividade e aos seus participantes, tais como o meio ambiente, a saúde, as relações de consumo etc.

A tutela jurisdicional do Estado de Direito anterior à CF de 1988, assim, estava centralizada no indivíduo. Nessa perspectiva, predominante no CC de 1916 e no CPC de 1973, não havia condições para que as coletividades de pessoas, e seus respectivos direitos metaindividuais, pudessem ser tutelados devidamente. O CPC contribuía apenas para solucionar controvérsias entre duas partes, a respeito de seus interesses próprios e individuais. Não se enquadravam, naquele processo civil tradicional, os interesses pertencentes a grupos, segmentos sociais ou à coletividade<sup>2</sup>.

## ■ 1.2. DIPLOMAS LEGISLATIVOS

A Lei de Política Ambiental (Lei nº 6.938/1981) representa o primeiro e decisivo grande marco evolutivo em termos de tutela dos interesses difusos, especialmente por legitimar o Ministério Público para promover ação civil pública em defesa do meio ambiente.

O segundo marco temporal é representado pela Lei da Ação Popular – Lei nº 4.717/1965 –, a qual tutela os interesses coletivos em juízo permitindo a invalidação de atos ou contratos administrativos

Ribeiro de Campos), *Repro*, v. 5. jan.-mar. 1977, p. 130.

2. A respeito da representação dos interesses difusos vale ressaltar a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os quais, em 1978, já preconizavam soluções para efetivar-se o acesso à Justiça. *Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49-50.

ilegais e prejudiciais ao patrimônio público federal, estadual ou municipal, autarquias, paraestatais e subvencionadas com renda pública.

O terceiro marco na evolução da tutela dos direitos metaindividuais é representado pela Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347/1985 (LACP) –, que, nos termos de seu art. 1º, dispõe sobre as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, e à ordem urbanística.

A LACP teve como fonte de inspiração as *class actions* do direito norte-americano – regulamentadas pelo *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938.

Entre outras novidades positivas, a LACP ampliou o rol de direitos difusos tuteláveis – não mais limitados ao meio ambiente –, inserindo entre eles os direitos dos consumidores, além de estender a outros entes a legitimação para agir.

A LACP veio para tornar realidade a proteção de interesses sociais que, anteriormente, não tinham condições de acesso à tutela jurisdicional. Esse diploma legislativo representou efetivamente uma evolução, pois, superando o modelo do processo civil tradicional – adequado aos conflitos individuais –, voltou-se para os interesses coletivos. Entretanto, ainda não era possível a reparação coletiva dos danos pessoalmente sofridos, e os que nessa situação se enquadravam tinham de mover suas ações pessoais individualmente.

A CF representou o quarto grande passo nesse processo de evolução legislativa de proteção aos direitos metaindividuais, especialmente por atribuir ao Ministério Público, no art. 129, o dever de promoção do inquérito civil e da ação civil pública para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A CF também ampliou o espectro de abrangência da ação popular por meio do art. 5º, LXXIII, atribuindo legitimidade para que os cidadãos possam pleitear tutela dos ambientes natural e cultural.

Além disso, a CF, no art. 5º, LXX<sup>3</sup>, instituiu o mandado de segurança coletivo, permitindo que sua impetração ocorra por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Assim, possibilitou-se constitucionalmente a tutela coletiva dos interesses de um grupo ou classe determinada.

A Constituição Federal elegeu a defesa do consumidor como dever do Estado (art. 5º, XXXII)<sup>4</sup> e como princípio geral da atividade econômica (art. 170, V)<sup>5</sup>, categorizando a tutela do consumidor como direito fundamental, tendo o legislador constituinte fixado o prazo de cento e vinte dias para que o CDC fosse elaborado (art. 48 do ADCT)<sup>6</sup>.

A Lei nº 7.913/1989 legitimou o MP a adotar as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento dos danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores.

O quinto grande marco em termos de proteção dos direitos metaindividuais é simbolizado pelo CDC, publicado em 21/09/1990,

3. “Art. 5º (...) LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.”

4. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

5. “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.”

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

logo depois da redemocratização do país, ou seja, em momento politicamente especial, tendo nascido de anteprojeto elaborado por grupo de juristas extremamente competentes, os quais procuraram incorporar o que de melhor existia sobre defesa do consumidor, em termos legislativos, no direito europeu e norte-americano.

### ■ 1.3. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O CDC confirmou a tutela dos interesses difusos e coletivos e acrescentou-lhes uma terceira categoria, qual seja a dos interesses individuais homogêneos, dedicando-lhes didáticas definições, no art. 81, parágrafo único<sup>7</sup>.

Em um cenário no qual os conflitos se potencializavam e se multiplicavam, o CDC surgiu com o objetivo de reger esse novo tipo de sociedade, protegendo a vontade das partes e, ao mesmo tempo, priorizando o equilíbrio das relações contratuais (art. 4º do CDC).

Quando o CDC, em seu art. 1º, dispõe que as suas normas são *de ordem pública e social*, já nesse primeiro artigo do mencionado diploma se verifica uma especial preocupação com a proteção de direitos sociais titularizados por pessoas mais fragilizadas na sociedade de massas, quais sejam, os consumidores.

Entre outras mensagens, esse referido art. 1º comunica a intenção de que o CDC se apresente enquanto diploma regulador de relações sociais em que uma das partes – o consumidor – é pressupostamente vulnerável e, por isso, carente de tutela por normas cuja aplicabilidade seja obrigatória.

7. Esse processo evolutivo em termos de tutela dos direitos metaindividuais é detalhado por José Geraldo Brito Filomeno, in *Ações coletivas: dupla comemoração*, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 57, p. 60-66.

É perceptível a preocupação do legislador constitucional e infra-constitucional no sentido de atender ao propósito maior de facilitar o acesso à Justiça por parte do consumidor. De acordo com Nelson Nery Junior,

O art. 1º do CDC diz que suas disposições são de ordem pública e interesse social. Isto quer dizer, em primeiro lugar, que toda a matéria constante do CDC deve ser examinada pelo juiz *ex officio*, independentemente de pedido da parte, valendo-se frisar que sobre ela não ocorre a preclusão, circunstância que propicia seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o tribunal, inclusive, decidir com *reformatio in pejus* permitida, já que se trata de questão de ordem pública. A característica de as normas do CDC serem de interesse social faz com que seja obrigatória a participação do Ministério Público nas ações propostas com base no Código, a fim de exercer o mister institucional e constitucional de velar pelos interesses sociais (art. 127, *caput*, CF)<sup>8</sup>.

O consumidor é pressupostamente a parte mais vulnerável na relação com o fornecedor. Essa vulnerabilidade está expressamente prevista no art. 4º, I, do CDC<sup>9</sup>, que assim incide com vistas ao reequilíbrio das relações entre os consumidores e os fornecedores. Esse tratamento está em consonância com o princípio da igualdade (art. 5º, *caput*, da CF)<sup>10</sup>, uma vez que, se consumidores e fornecedores são

8. Nelson Nery Junior, Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1, p. 201.

9. “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: I – reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)”

10. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

desiguais, merecem ser tratados desigualmente, na medida de suas desigualdades.

Entretanto, não se pode olvidar que o CDC também preza pela harmonia entre os interesses dos participantes das relações de consumo, nos termos dispostos em seu art. 4º, III<sup>11</sup>, compatibilizando a proteção do consumidor com as necessidades de desenvolvimento econômico e tecnológico.

Em março de 1991, quando entrou em vigor, o CDC ainda era timidamente aplicado pelos tribunais. Com o passar do tempo, porém, os doutrinadores se dedicaram ao tema; a comunidade jurídica envolveu-se em congressos e palestras; a produção bibliográfica intensificou-se, e os juízes passaram a observar e fazer incidir o CDC com frequência cada vez maior.

O CDC privilegia a defesa judicial do consumidor no sentido mais amplo possível, facilitando o acesso à justiça e assegurando mecanismos que auxiliem em termos de efetividade jurisdicional. De acordo com Sálvio de Figueiredo Teixeira,

Quanto às normas processuais, sua influência (CDC) se faz sentir sobretudo em termos de coisa julgada, de inversão do ônus da prova e legitimação *ad causam*, sendo significativa a sua contribuição ao princípio do acesso à tutela jurisdicional, uma das preocupações maiores do processo civil contemporâneo e um dos seus princípios mais nobres.<sup>12</sup>

11. "Art. 4º (...) III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (...)”

12. Sálvio de Figueiredo Teixeira. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 60, p. 36.

A defesa dos direitos do consumidor, em juízo, pode ocorrer por meio de tutela individual ou coletiva. Aliás, nesse exato sentido dispõe o art. 81, *caput*, do CDC<sup>13</sup>. Quando postas em juízo, as relações de consumo são regidas pelo Título III do CDC, dos arts. 81 a 104, e 110 a 117.

O consumidor é protegido por um microsistema legislativo, no qual se destaca o CDC como fonte principal e, supletivamente, os seguintes diplomas: Lei nº 12.016/2009 (Lei do mandado de segurança individual e coletivo); Lei nº 7.347/1985 (Lei da ação civil pública); Lei nº 4.717/1965 (Lei da ação popular), além do CPC. A interação e o diálogo entre esses diplomas podem ser constatados nos seguintes dispositivos: CDC, arts. 83, 90, 110 e 117; Lei do mandado de segurança, arts. 21 e 22; LACP, arts. 1º, *caput* e inciso II e art. 21.

O CDC, um dos diplomas legislativos mais bem elaborados do mundo, veio em tempo certo para regular as relações de consumo, revisitando institutos consolidados no CPC para que a tutela do consumidor pudesse se efetivar de maneira adequada.

O CDC apresenta algumas singularidades de direito processual e mesmo de direito material com repercussões processuais, merecendo destaque a responsabilidade objetiva do fabricante e do fornecedor (arts. 12 e 14); os prazos prescricionais e decadenciais diferenciados (arts. 26 e 27); a possibilidade de desconSIDERAÇÃO da personalidade jurídica (art. 28); a vedação da denúncia da lide na hipótese do art. 88 do CDC; e o regime especial da coisa julgada (arts. 103 e 104).

A propósito, para que possam decidir as lides que lhes são submetidas envolvendo relações de consumo, os magistrados precisam manter-se atualizados. Na atual sociedade de consumo massificado, de contratações adesivas, os juízes definitivamente não podem funcionar

13. "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. (...)”



como meros espectadores dos conflitos apresentados. Ao contrário, devem decidir atentando para as peculiaridades envolvidas.

Em outras palavras, nas demandas envolvendo relações de consumo, o juiz há de exercer seu papel de forma bastante ativa. Para tanto, seus poderes de instrução foram ampliados. Diferentemente de tempos passados, o juiz da atualidade deve atuar para que o processo – enquanto instrumento de realização da tutela jurisdicional – e as decisões judiciais nele prolatadas tenham efetividade. Nesse contexto cumpre destacar os seguintes dispositivos: CPC, arts. 125, 129 e 601; Lei nº 9.099/1995, art. 43; CDC, art. 6º, VI e VIII; art. 82, § 1º; art. 84, §§ 3º, 4º e 5º; LACP, art. 14.

Conforme Luiz Guilherme Marinoni,

(...) o juiz também tem o dever de proteger os direitos fundamentais, no caso o direito do consumidor, e, além disso, o dever de prestar tutela jurisdicional em resposta ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Melhor explicando: o consumidor tem direito a que o juiz se comporte de acordo com o direito material de proteção e os direitos fundamentais e, nesse sentido, é possível pensar em um dever judicial de comportamento<sup>14</sup>.

Desde a entrada em vigor do CDC, vem aumentando significativamente a quantidade de ações judiciais envolvendo direitos metaindividuais. Diante disso é que se têm formado e desenvolvido um novo ramo da ciência processual, qual seja, o direito processual coletivo, cujas características diferem das lides intersubjetivas. Para tanto os princípios do processo civil tradicional vêm sendo revisitados, de forma que tenham condições de tutelar os direitos metaindividuais<sup>15</sup>.

14. Luiz Guilherme Marinoni, A tutela específica do consumidor, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, abr.-jun. 2004, p. 73.

15. Gregório Assagra de Almeida, em obra monográfica, traz alentado estudo sobre os princípios

Cumpre destacar a existência do anteprojeto do *Código Brasileiro de Processos Coletivos*, que teve origem no Instituto Brasileiro de Direito Processual e, atualmente, está sendo estudado no Ministério da Justiça. Além disso, vale mencionar o projeto de Lei nº 5.139/2009, atualmente tramitando na Câmara dos Deputados, que pretende instituir um novo regime para a ação civil pública.

Acrescentemos a importância que deve ser dedicada às demandas coletivas. Se estas não forem compreendidas, corre-se inclusive o risco de que comprometam a utilidade para a qual foram designadas. Como bem observa Kazuo Watanabe<sup>16</sup>, o Brasil é um país no qual o individualismo ainda é acentuado, e, nesse sentido, há que se atentar aos objetivos sociais para os quais são vocacionadas as lides coletivas, de forma que não se transformem em instrumentos políticos de pressão e de proveito egoístico.

#### ■ 1.4. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC NAS LIDES ENVOLVENDO RELAÇÕES DE CONSUMO

O Código de Processo Civil foi construído para ser um instrumento de resolução de conflitos interindividuais, pautados no Código Civil de 1916 – hoje revogado pelo Código Civil de 2002. Gregório Assagra de Almeida aborda com muita clareza essa temática afirmando que a

específicos do direito processual coletivo, quais sejam: a) princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo; b) princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela jurisdicional coletiva; c) princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva; d) princípio da presunção da legitimidade “ad causam” ativa pela afirmação do direito; e) princípio da não taxatividade da ação coletiva; f) princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum; g) princípio da máxima efetividade do processo coletivo; h) princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva comum; e i) princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público. (In: *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 570-579).

16. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, in Ada P. Guinover et al. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 835.

aplicabilidade subsidiária do CPC para oferecimento de tutela jurisdicional coletiva depende da existência de “dupla compatibilidade, formal (inexistência de disposição legal sobre a matéria no direito processual coletivo comum) e material (a regra do CPC só será aplicável se não ferir o espírito do direito processual coletivo comum e, portanto, não colocar em risco a efetivação da tutela jurisdicional adequada)”<sup>17</sup>.

Nessa fase atual que o processo civil vive, em “busca de resultados”, existem alguns percalços enfrentados pela doutrina. Um deles consiste na dificuldade de *repensamento* dos conceitos do direito processual civil tradicional sob a ótica do processo coletivo, uma vez que o primeiro fora criado sob a perspectiva de resolver os conflitos individuais<sup>18</sup>.

A tutela jurisdicional dos direitos metaindividuais não é totalmente explicável conforme os esquemas ortodoxos do processo civil, sendo necessário, às vezes, romper certos dogmas para se fazer justiça.

De acordo com Marcelo Abelha Rodrigues, “(...) alguns princípios consagrados no CPC não devem ser mecanicamente aplicados ao CDC, pois este último é um microsistema próprio, cujas regras, sejam elas penais, administrativas, civis e processuais, são ali encontradas, e, portanto, por sua linha principiológica influenciada”<sup>19</sup>.

17. Op. cit., p. 583.

18. “Tratar do processo no Código do Consumidor é tarefa de grande responsabilidade, pois, na verdade, não se está diante de um assunto contido no processo civil a que estamos habituados. Tem-se, isto sim, um tema cuja amplitude causa perplexidade, uma vez que, rigorosamente, se está diante de um novo processo civil, de um outro processo civil, diferentemente daquele com que lidamos no dia a dia e que nos é familiar. Assim, só uma mentalidade de certo modo ‘conformada’ com a necessidade de se abandonarem os padrões tradicionais do processo é capaz de ser receptiva e, portanto, entender este novo processo, engendrado para regular uma outra faceta da realidade, que talvez possa ser eleita como a nota mais marcante das sociedades do nosso tempo” (Teresa Arruda Alvim Wambier. *Noções gerais sobre o processo no Código do Consumidor*, p. 248).

19. Marcelo Abelha Rodrigues, Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 15, jul.-set. 1995, p. 43-44.

As normas do Código de Processo Civil, que não foram criadas e preparadas com vistas a atender ao microsistema dos direitos metaindividuais, incidem, assim, subsidiariamente, e não podem contrariar os princípios do CDC, os quais estão prescritos do art. 1º ao art. 12, e trazem as regras norteadoras das relações de consumo. Marcelo Abelha Rodrigues, com propriedade, lembra que

(...) se o Código Civil foi criado com um espírito individualista e o Código de Processo Civil, com o espírito de instrumentalizá-lo, ou seja, também individualista, é porque nem um nem outro estão afetos aos direitos coletivos que o CDC, precipuamente, visa a proteger. É com este espírito coletivo que também as normas processuais devem dar seguimento harmônico aos princípios gerais do consumidor, antes mencionados (...) <sup>20</sup>.

20. Op. cit., p. 49-50.

# 2

---

## Ações judiciais

---

### ■ 2.1. FACILITAÇÃO DO ACESSO DO CONSUMIDOR À JUSTIÇA

**A**SSIM prescrevem o art. 6º, incisos VI, VII e VIII, do CDC:

*Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*

*(...)*

*VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;*

*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;

(...)

Por sua vez, o art. 83 do CDC dispõe no seguinte sentido:

*Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.*

*Parágrafo único. (Vetado).*

Existe plena harmonia entre os incisos VI, VII e VIII do art. 6º do CDC, acima transcritos. Para que se possa prevenir e reparar os danos aos direitos do consumidor, este precisa ter acesso aos órgãos judiciários e administrativos, e a defesa desses direitos há de ser facilitada. De acordo com Kazuo Watanabe<sup>1</sup>, o art. 83 do CDC é norma autoaplicável, dela se extraindo várias consequências, entre elas:

- a) os direitos dos consumidores devem ser realizados, em harmonia com o sentido do clássico princípio defendido por Chiovenda de que “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e somente aquilo que ele tenha direito de conseguir”;
- b) sempre existirá, no sistema processual, uma ação capaz de propiciar tutela efetiva dos direitos dos consumidores;
- c) encorajamento da doutrina no sentido de empenhar-se para que os direitos não patrimoniais tenham uma tutela processual mais efetiva e adequada.

1. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, in: Ada Pellegrini Grinover *et al.*, 9. ed., cit., p. 855.

Esse art. 83 do CDC está em sintonia com o art. 5º, XXXV da CF e com o art. 6º, VI e VII, do CDC, ao admitir todas as ações e providências necessárias para defesa dos direitos estatuídos no Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, são cabíveis ações de conhecimento, de execução e cautelares.

Essa admissibilidade de todos os tipos de ações também se aplica às demandas propostas com base na LACP, pois o art. 83 é aplicável por força da combinação entre os arts. 90 e 117 do CDC. O art. 21 da LACP complementa o art. 83 do CDC<sup>2</sup>.

É por meio da petição inicial que o consumidor requer a atuação jurisdicional. Deve especificar os limites da lide, o tipo de provimento almejado, narrando os fatos e os fundamentos jurídicos da pretensão, em atenção ao art. 282, III e IV, do CPC, que contempla o princípio da substanciação.

No processo de conhecimento, o procedimento poderá ser o ordinário, o sumário ou o sumaríssimo. O processo de execução admite algumas peculiaridades, como as habilitações estatuídas no art. 98 do CDC. O processo cautelar segue o disposto nos arts. 801 e seguintes do CPC.

Ruy Rosado de Aguiar Jr.<sup>3</sup> assim especifica as diversas espécies de ações que o consumidor possui para defender seus direitos, exemplificativamente:

- a) ação de indenização, independentemente da existência de culpa do fornecedor, pelos danos causados por defeitos dos produtos ou serviços;

2. “Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.”

3. O acesso do consumidor à justiça no Brasil, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 16, out.-dez. 1995, p. 26.

- b) ação de modificação do contrato, baseada no desequilíbrio das prestações, já existente quando da celebração do contrato;
- c) ação de revisão contratual, decorrente de fato superveniente, que tornou a prestação excessivamente onerosa;
- d) ação de adimplemento ou de cumprimento, em face do fornecedor que está cumprindo mal o contrato, para que sane o vício de qualidade ou quantidade, substituindo o produto ou abatendo o preço;
- e) ação de resolução contratual, para extinguir a relação negocial, seja pelo descumprimento do fornecedor, seja pela superveniência de fato novo;
- f) ação de rescisão contratual, tendo em vista lesão verificada na sua celebração;
- g) ação de arrependimento, destinada a permitir que o consumidor se desfaça do negócio contratado fora do estabelecimento comercial;
- h) ação cautelar;
- i) ação de consignação em pagamento;
- j) ação de nulidade;
- k) ação cominatória;
- l) ação de cancelamento de registro em banco de dados etc.

O acesso à justiça é tema que mereceu dedicação do legislador. Exemplos disso são os seguintes dispositivos:

- art. 101, I: fixa a competência pelo domicílio do consumidor;
- art. 88: inadmite a denúncia da lide<sup>4</sup>;
- art. 101, II: autoriza o chamamento ao processo.

4. O STJ possui inúmeros precedentes no sentido de que, em se tratando de relação de consumo, protegida pelo Código de Defesa do Consumidor, descabe expressamente a denúncia da lide. (Ag 364.178-RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 11/06/2001; REsp 660.113-RJ, 4ª T., Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 06/12/2004; REsp 782.919-SP, 4ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 01/02/2006)

A amplitude de tutela dos direitos do consumidor prevista no art. 83 do CDC, aliada aos ampliados poderes instrutórios do juiz e à possibilidade de inversão do ônus da prova, resultam em um sistema desenhado no sentido de permitir que o consumidor tenha todas as condições possíveis de obter tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos. Dessa forma, o quadro de tutela judicial proposto pelo legislador é o mais amplo possível, permitindo, de acordo com Rodolfo de Camargo Mancuso,<sup>5</sup>

(...) pedidos de natureza cautelar, coadjuvados ou não com medida liminar, v.g. busca e apreensão de produto considerado perigoso à saúde humana (arts. 10 e 84, § 5º, do CDC); pedidos de natureza cominatória, v.g., imposição de contrapropaganda (art. 60 do CDC); pedidos de natureza condenatória, v.g., imposição, ao fabricante de produto nocivo à saúde humana, do dever de indenizar o dano coletivo e os prejuízos individuais daí resultantes (arts. 12, 18 e 91 do CDC); pedidos conducentes a comandos judiciais de natureza mandamental, v.g., a ação inibitória prevista no art. 102 do CDC; execuções de títulos condenatórios de tipo coletivo (art. 98 do CDC) e individual (art. 97 do CDC), inclusive de origem extrajudicial (CDC, art. 113, acrescentando um parágrafo – 6º – ao art. 5º da Lei n. 7.347/85).

Em relação ao procedimento, ou seja, o modo e forma de desenvolvimento processual, o ordinário é aquele que admite maior dilação probatória. O sumário e o sumaríssimo são mais céleres, porém com limitações probatórias, temáticas e de valores, entre outros aspectos especiais. Não há indicações expressas, no CDC, no sentido de qual o procedimento que deva ser seguido.

Se houver necessidade de proteger a eficácia ou utilidade do resultado do processo, caberá o processo cautelar, observando-se o disposto

5. *Manual do Consumidor em Juízo*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

nos arts. 798 e seguintes do CPC, além das medidas cautelares típicas (arts. 839 e s. do CPC).

No caso de já existir sentença condenatória dispondo a respeito de direitos metaindividuais, a execução poderá seguir o disposto nos arts. 95 a 98 do CDC.

São plenamente cabíveis as ações mandamentais, em que o próprio magistrado, por meio de suas ordens, pratica os atos necessários para que seus comandos sejam cumpridos, tais como (a) fechamento de um estabelecimento comercial, (b) cessação da publicidade enganosa com impedimento da circulação do veículo de publicidade, (c) retirada do mercado de produtos e serviços danosos à saúde dos consumidores, se necessário com o uso de força policial etc.

O mandado de segurança também é cabível nos termos da Lei nº 12.016/2009.

Os Juizados Especiais Cíveis, Estaduais e Federais, respectivamente previstos na Lei nº 9.099/1995 e na Lei nº 10.259/2001, foram desenvolvidos para propiciar uma justiça mais célere, simplificada e barata, oferecendo oportunidade para que os consumidores sintam-se mais motivados a buscarem as devidas reparações, de ilícitos de menor complexidade ou de quantias monetárias mais reduzidas. Esses Juizados costumam ser bastante utilizados para solução dos conflitos envolvendo relações de consumo, contribuindo para que seja atendido o ditame previsto no art. 83 do CDC.

Merece registro, entretanto, o fato de muitos Juizados, especialmente os das cidades mais populosas, como São Paulo, estarem extremamente sobrecarregados, o que compromete a celeridade e a facilitação do acesso à justiça, desvirtuando a razão de ser desses órgãos jurisdicionais.

O CPC aplica-se nas relações de consumo, mas desde que não contrarie as disposições do CDC, o qual, lei especial que é, prefere à geral

(CPC). Todavia, isso não impede a aplicação subsidiária do CPC em algumas situações, bem lembradas por Rodolfo de Camargo Mancuso: requisitos da petição inicial (art. 282 para o processo de conhecimento; art. 614 para o processo de execução; art. 801 para o processo cautelar; citação, arts. 219 a 222; competência, arts. 86 e s., 575 e 800; resposta do réu (art. 301); julgamento antecipado (art. 330); instrução probatória (arts. 332 e s.); estrutura da sentença (arts. 458 e s) etc<sup>6</sup>.

Essa admissibilidade de todos os tipos de ações também se aplica às demandas propostas com base na LACP, pois o art. 83 incide por força da combinação entre os arts. 90 e 117 do CDC. O art. 21 da LACP complementa o art. 83 do CDC. Conforme lembra Rodolfo de Camargo Mancuso, existe um sistema de “vasos comunicantes” entre a LACP, o CPC e o CDC (arts. 83, 90, 110 e 117), com aproveitamento dos subsídios processuais de cada um desses regimes<sup>7</sup>, sendo certo que o regime da LACP liga-se ao da ação popular – Lei nº 4.717/1965, cf. art. 1º, *caput*, da LACP.

O art. 86 do CDC foi vetado<sup>8</sup> sob a justificativa de que o *habeas data* só caberia para defender direitos subjetivos públicos. Dessa forma, poderiam alguns questionar a possibilidade de utilização do instituto do *habeas data* em face dos cadastros de proteção ao crédito.

Todavia, o veto ao art. 86 do CDC foi irrelevante. O cabimento do *habeas data* nas relações de consumo funda-se na Constituição Federal, representando garantia constitucional de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF) e destinada à proteção dos direitos da

6. Op. cit., p. 110.

7. Op. cit., p. 107.

8. Art. 86: “Aplica-se o *habeas data* à tutela dos direitos e interesses dos consumidores”. Mensagem nº 664 do Presidente: “As ações de mandado de segurança e de *habeas data* destinam-se, por sua natureza, à defesa de direitos subjetivos públicos e têm, portanto, por objetivo precípuo os atos de agentes do Poder Público. Por isso sua extensão ou aplicação a outras situações ou relações jurídicas é incompatível com sua índole constitucional. Os artigos vetados, assim, contrariam as disposições dos incisos LXXI e LXXII do art. 5º da Carta Magna”.

personalidade. Não poderia a legislação ordinária – CDC – contrariar preceito da lei magna, reduzindo-lhe seu campo de incidência<sup>9</sup>.

O próprio CDC, no art. 43, § 4º, qualifica os serviços de proteção ao crédito como *entidades de caráter público* e, no art. 83, admite o cabimento de *qualquer ação* para proteção dos direitos dos consumidores. Dúvidas não há, portanto, quanto ao cabimento do *habeas data* em face das empresas administradoras desses cadastros<sup>10</sup>.

Aspecto importante é a educação do consumidor, o qual, quando instruído e consciente da proteção que lhe confere o CDC, tem melhores condições de contribuir para que os danos nas relações de consumo sejam devidamente prevenidos ou mesmo reparados.

Conforme Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, o acesso à justiça não pode ser entendido apenas como a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas também a educação para a cidadania, ou seja, “a capacitação dos indivíduos e grupos de reconhecerem os direitos que lhes pertencem e postularem a sua proteção junto aos órgãos competentes”<sup>11</sup>.

Kazuo Watanabe bem explica que o acesso à justiça pode ser compreendido sob o prisma de sua acepção restrita, ou seja, como garantia formal de acesso ao Judiciário, e em acepção ampla, na qual existe preocupação com a educação e orientação jurídica do jurisdicionado para reconhecer seus direitos e, assim, agir melhor de forma a melhor potencializá-los<sup>12</sup>.

9. Também assim se manifestam Arruda Alvim *et al.*, In: *Código do Consumidor Comentado e legislação correlata*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 102-103, e Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, In: *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 1829, nota 1.

10. Nesse mesmo sentido conferir Luiz Antonio Rizzatto Nunes, *Curso de direito do consumidor*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 554.

11. Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública, São Paulo, Revista de Direito do Consumidor, v. 30, abr.-jun. 1999, p. 49.

12. Assistência Judiciária como instrumento de acesso à justiça, Revista da Procuradoria

### 2.1.1. Visão do STJ

Ilustrando a facilitação de acesso do consumidor à justiça, destacamos e comentamos acórdão prolatado pela Quarta Turma do STJ nos autos do REsp 1.021.987-RN, Relator o Min. Fernando Gonçalves, não conhecido por unanimidade em julgamento datado de 07/10/2008, publicado no DJe de 09/02/2009, assim ementado:

Recurso especial. Responsabilidade civil. Antecipação de tutela. Retirada de página da rede mundial de computadores. Conteúdo ofensivo à honra e à imagem. Alegada responsabilidade da sociedade controladora, de origem estrangeira. Possibilidade da ordem ser cumprida pela empresa nacional. 1. A matéria relativa a não aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie não foi objeto de decisão pelo aresto recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do necessário prequestionamento. Incidência da súmula 211/STJ. 2. Se empresa brasileira auferir diversos benefícios quando se apresenta ao mercado de forma tão semelhante a sua controladora americana, deve também responder pelos riscos de tal conduta. 3. Recurso especial não conhecido.

Trata-se de ação de indenização por danos morais devido a anúncio em página da internet de conteúdo ofensivo à imagem e à honra da autora. O juiz deferiu liminar determinando que o provedor retirasse a página, sob pena de multa diária de R\$ 200,00.

Contra a decisão liminar a empresa ré opôs agravo de instrumento, arguindo a impossibilidade técnica e jurídica para cumprir a obrigação por serem necessários procedimentos imputados à empresa controladora estrangeira, uma vez que o site foi criado por usuário, utilizando-se de ferramenta oferecida pela empresa controladora.

Geral do Estado de São Paulo, v. 22, 1984, p. 87.

Entretanto, o Tribunal “a quo” manteve a liminar com base no art. 28 do CDC, respaldado na Teoria da Aparência, e o STJ, no julgamento dessa questão, concluiu que, como o provedor no Brasil apresenta-se com a mesma logomarca da empresa estrangeira e ao acessá-la na rede mundial, abre-se o endereço na página do provedor no Brasil, isso faz com que o consumidor não diferencie, com clareza, as duas empresas, de forma que uma aparenta ser a outra, e, portanto deve a ré responder pelos riscos.

Dessa forma, foi reconhecida a legitimidade passiva da empresa nacional para responder à ordem judicial, tendo em vista que não seria razoável impor à autora o ônus de demandar contra a empresa internacional, especialmente pela demora que acarretaria, agravando-lhe o sofrimento moral. Essa decisão, portanto, está a facilitar a defesa dos direitos da autora enquanto consumidora.

Em outro interessante acórdão, a Quarta Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial 63.981-SP, relatado pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, provido por maioria, julgado em 11/04/2000 e publicado no DJ de 20/11/2000, bem aplicou a facilitação da defesa dos direitos do consumidor ao permitir que o comprador de máquina filmadora adquirida no exterior tivesse reconhecido seu direito de reparação pela empresa no Brasil, por se tratar de multinacional sujeita às regras da economia globalizada e às do CDC.

## ■ 2.2. LITIGAR INDIVIDUAL OU COLETIVAMENTE?

Para que o consumidor possa ter a oportunidade de decidir entre litigar em processo individual ou em processo coletivo para defender seus interesses individuais (homogêneos) é necessário que chegue, ao seu conhecimento, a notícia da existência da ação coletiva, permitindo-lhe condições de optar.

O art. 94 do CDC prevê a publicação de edital para que chegue ao conhecimento dos interessados a notícia da ação coletiva. Essa divulgação está em consonância com a índole coletiva da ação e com a função educativa e de estímulo ao exercício ativo da cidadania, para que os cidadãos possam ter ciência do processo coletivo e nele intervir se assim optarem.

Atualmente, com a internet<sup>13</sup>, em pouquíssimo tempo um número imenso e incalculável de pessoas pode tomar conhecimento do processo coletivo.

A intenção legal é, exatamente, permitir que a sociedade efetivamente seja informada do processo coletivo. Tal propósito está em consonância com os princípios do CDC, ampliando-se o acesso à Justiça e os meios de exercício dos direitos.

O edital também tem a finalidade de, em relação àqueles consumidores que já estejam litigando em ações individuais, dar-lhes a oportunidade de exercerem a providência contida no art. 104 do CDC – de requerimento de suspensão da lide individual – para que, assim, possam obter os eventuais benefícios da procedência da ação coletiva.

Nas ações coletivas visando à defesa de direitos individuais homogêneos, se o pedido for julgado procedente, a condenação será genérica e limitar-se-á a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados. As vítimas poderão mover individualmente suas liquidações para precisar o valor que lhes é devido e a execução poderá ser individual ou coletiva, nos termos dos arts. 97, 98 e 100 do CDC.

São importantíssimas as consequências da inverteção, ou não,

13. O TJRS, por meio de sua 6ª Câm. Cív., em julgamento do agravo de instrumento n. 70010559482, relatado pelo Des. Artur Arnildo Ludwig, j. 30/03/2005, proveu o referido recurso autorizando a divulgação, pelo site da associação legitimada, da ação coletiva ajuizada.



do interessado a título de *litisconsorte*<sup>14</sup> do autor da ação coletiva. Conforme já verificamos anteriormente, se a sentença coletiva julgar procedente o pedido, beneficiará a todos que participaram da ação coletiva, autores e *litisconsortes* do art. 94 do CDC. Porém, se a sentença julgar o pedido improcedente, apenas os que não intervieram poderão propor suas ações individuais, conforme o art. 103, III, c./c. o § 2º do CDC.

Cabe ao interessado decidir se intervém, ou não, no processo coletivo. Obviamente que, para decidir, deverá refletir sobre as suas condições e intenções, considerando, para tanto, as características do processo individual e do coletivo.

O consumidor, litigando individualmente, nem sempre pode contratar um advogado, bem como se encontra em posição psicológica inferiorizada diante do maior poder econômico do fornecedor, além de não estar tão habituado a litigar.

Por outro lado, se o consumidor optar por litigar coletivamente em juízo, se torna mais viável o equilíbrio de forças na relação processual travada. Especialmente na sociedade atual, de intensas relações massificadas, o processo civil coletivo vem ganhando contornos especiais por servir como instrumento efetivamente capaz de solucionar os conflitos adequadamente.

Muitas seriam as dificuldades se os direitos metaindividuais só pudessem ser pleiteados por meio de ações individuais. Os consumidores, individualmente considerados, obviamente não são dotados dos mesmos poderes dos entes legitimados pelo art. 82 do CDC para a propositura de ações coletivas. Os pleitos individuais, por serem fragmentados, apresentam-se em contextos nos quais os direitos materiais

14. Em artigo de nossa autoria discutimos a natureza jurídica do consumidor-interveniente nos termos do art. 94 do CDC. Reflexões sobre o art. 94 do CDC. In: *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*, p. 100-105.

ficam mais diluídos e enfraquecidos<sup>15</sup>. As ações coletivas, assim, surgem como instrumento em melhores condições para alcance de justiça efetiva, ressaltando-se que, em caso de procedência do pedido, a coisa julgada tem condições de atingir todas as vítimas. Ainda a respeito do processo decisório sobre litigar individual ou coletivamente, o consumidor, além de considerar os diferentes sistemas de coisa julgada, deve refletir previamente sobre alguns fundamentos importantes, tais como as chances de êxito, o contexto probatório, o perfil do ente legitimado, o comportamento jurisprudencial a respeito da causa de pedir, os custos da ação<sup>16</sup> etc. Após tal reflexão é que o consumidor estará apto para decidir o que lhe parece mais oportuno e conveniente.

#### ■ 2.2.1. Princípios específicos do direito processual coletivo

Gregório Assagra de Almeida aborda, com muita propriedade, os mais importantes princípios específicos do direito processual coletivo comum<sup>17</sup>. Anotaremos abaixo quais são esses princípios e sua aplicabilidade ao assunto presentemente abordado, enfatizando pontos previstos pelo mencionado processualista que, em nosso sentir, servem como estímulo positivo ao interessado para que escolha o caminho da demanda coletiva, em vez da individual.

a) Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito do processo coletivo

15. Cf. Renata Lorenzetti Garrido, Legitimidade ativa das associações para propositura de ações coletivas, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 16, out.-dez. 1995, p. 101.

16. Assim dispõe o art. 18 da LACP, com redação dada pelo art. 116 do CDC: "Art. 18. Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais".

17. Op. cit., p. 570-579.

O Judiciário, como guardião dos direitos e garantias sociais fundamentais, tem interesse no enfrentamento do mérito do processo coletivo de forma que possa cumprir sua mais importante função, qual seja a de pacificar com justiça. Para atingir essa meta seria necessária uma flexibilização dos requisitos de admissibilidade processual da ação coletiva com vistas ao conhecimento do mérito.

b) Princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva

Essa prioridade decorre do interesse social que fundamenta a tutela jurisdicional coletiva, visando à solução dos conflitos sociais e evitando a proliferação de demandas individuais e decisões contraditórias, em prol da economia e da celeridade processuais.

c) Princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva (art. 5º, § 3º, da LACP)

Se a parte autora desistir – sem justificativa razoável – da ação coletiva, ou mesmo abandoná-la, tais atos submeter-se-ão a controle por parte dos outros legitimados ativos e do Ministério Público, o qual, se infundada a desistência e no caso de abandono, assumirá polo ativo.

d) Princípio da presunção da legitimidade “ad causam” ativa pela afirmação do direito (a base legal consta do art. 82 do CDC, do art. 5º da LACP e do art. 129, § 1º, da CF)

Consiste na indiscutibilidade da legitimidade ativa que ostentam os entes legalmente autorizados – entre eles constando o Ministério Público como o principal – para o ajuizamento de ações coletivas.

e) Princípio da não taxatividade da ação coletiva (arts. 5º, XXXV, e 129, III, da CF/1988, e art. 1º, IV, da LACP)

Refere-se à regra de que qualquer tipo de direito coletivo pode ser tutelado por meio das ações coletivas.

f) Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva comum (implicitamente contido no art. 103 do CDC)

O objetivo é fazer o melhor uso do processo coletivo para dele extrair o máximo, resolvendo o maior número possível de conflitos, evitando repetidas ações individuais e fortalecendo a segurança social.

g) Princípio da máxima efetividade do processo coletivo (implicitamente previsto no art. 5º, XXXV, da CF)

Dado o interesse social na busca da verdade real, impõe-se ao juiz a necessidade de formação de um contexto probatório que possibilite o alcance da tutela jurisdicional de forma legítima.

h) Princípio da máxima amplitude da tutela jurisdicional comum (baseado no art. 83 do CDC, c./c. o art. 21 da LACP e o art. 66 da Lei nº 8.884/1994).

Esse princípio admite a proteção dos direitos coletivos por meio de todos os instrumentos processuais (ações, procedimentos e provimentos).

i) Princípio da obrigatoriedade da execução coletiva pelo Ministério Público (previsto no art. 15 da LACP)

Caso a associação autora não o faça, deverá o Ministério Público executar coletivamente a sentença condenatória proferida na ação coletiva.

# 3

---

## Ônus da prova

---

### ■ 3.1. OBSERVAÇÕES GERAIS

**A** EXPRESSÃO “ônus da prova”, do latim *onus probandi*, significa que aquele que tem o encargo de provar é quem deve produzir determinadas provas, pois, se não o fizer, tal descumprimento poderá trazer-lhe consequências desfavoráveis.

As provas são importantes para que o juiz possa reconstituir os fatos ocorridos, e, na busca da verdade real, bem aplicar a lei.

A regra tradicional é a de que o ônus da prova incumbe a quem deduz a alegação. Então, como quem alega em primeiro lugar é o autor, é a este que incumbe referido ônus. Nesse sentido assim dispõe o art. 333 do CPC:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

O art. 6º, VIII, do CDC, prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova, como medida de facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo. Esse dispositivo assim prescreve:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

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;

(...)

Portanto, diferentemente da regra geral estatuída no art. 333 do CPC, segundo a qual cabe ao autor provar o fato constitutivo do seu direito, em se tratando de relações de consumo pode o juiz, em decisão fundamentada, inverter o ônus da prova.

Conforme Antonio Gidi,

A inversão do ônus da prova em favor do consumidor é um dos meios através dos quais o direito procura atingir o seu objetivo maior de obtenção de justiça, compensando a real desigualdade em que se encontram os litigantes<sup>1</sup>.

1. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor, p. 33.

A inversão do ônus da prova é medida de muita utilidade para que o consumidor possa ter facilitada a defesa de seus direitos, no que tange à prova de suas alegações. Essa dita inversão é de extrema importância para que as desigualdades entre consumidores e fornecedores possam ser compensadas, relativizadas.

A inversão do ônus da prova está em harmonia com o princípio da isonomia (art. 5º, I, da CF), uma vez que se trata de mecanismo destinado a equilibrar as forças entre as partes, de forma que a hipossuficiência do consumidor em termos de produção de provas não lhe prejudique em seu pleito jurisdicional.

A obtenção de um extrato bancário, por exemplo, pode ser um calvário para o consumidor. Nessa hipótese o Judiciário pode, com base no art. 6º, VIII, do CDC e no poder instrutório conferido pelo art. 130 do CPC, inverter o ônus da prova, determinando à instituição financeira ré que apresente o determinado documento, e, no caso de não ser atendida essa determinação judicial, dão-se como provadas as alegações do consumidor.

Nesse sentido vale observar a decisão prolatada pela Quarta Turma do STJ nos autos do REsp 264.083-RS, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 20/08/2001, no qual entendeu-se que o juiz pode ordenar, ao banco réu, que este junte cópia do contrato e do extrato bancário, em atenção aos princípios da inversão do ônus da prova e da facilitação da defesa do direito do consumidor em juízo

A inversão do ônus da prova, desde que presentes seus requisitos, é medida que *deve* ser deferida pelo juiz, o qual, portanto, não tem discricionariedade para negá-la.

É importante ter em mente que a inversão do ônus da prova existe não com o intuito de assegurar êxito processual ao consumidor, e sim para facilitar-lhe a defesa de seus direitos em juízo.

### ■ 3.2. REQUISITOS

Nos termos do art. 6º, VIII, do CDC, para que o ônus da prova seja invertido o consumidor precisa ser hipossuficiente ou a sua alegação verossímil, a critério do juiz e segundo as regras ordinárias de experiência.

Se ausentes esses requisitos e, mesmo assim, decidir o juiz por inverter o ônus da prova, tal decisão desatende ao devido processo legal.

A interpretação que mais se aproxima do espírito do CDC é aquela que dispõe no sentido de que os requisitos da hipossuficiência e da verossimilhança são alternativos. Essa alternatividade é evidenciada pela conjunção alternativa “ou”, e não pela aditiva “e”, constante do art. 6º, VIII, do CDC.

Analisemos, então, esses requisitos autorizadores da dita inversão.

#### ■ 3.2.1. Hipossuficiência

A hipossuficiência ocorre quando a deficiência, em termos de cognição dos fatos, inviabiliza ou mesmo dificulta exageradamente a produção da prova para o consumidor. Nessa situação, em que o consumidor não consegue produzir ou nem mesmo identificar qual é o tipo de prova adequada, é o caso de inversão do mencionado ônus.

Sobre a hipossuficiência assim leciona Humberto Theodoro Júnior:

(...) trata-se de impotência do consumidor, seja de origem econômica seja de outra natureza, para apurar e demonstrar a causa do dano cuja responsabilidade é imputada ao fornecedor. Pressupõe uma situação em que concretamente se estabeleça uma dificuldade muito grande para o consumidor de desincumbir-se de seu natural *onus probandi*, estando o fornecedor em melhores condições para dilucidar o evento danoso<sup>2</sup>.

2. *Direitos do Consumidor*, a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código

A hipossuficiência, portanto, pode ser representada pelas dificuldades do consumidor quanto à demonstração da ilicitude em relação aos produtos ou serviços adquiridos.

Essa hipossuficiência deve ser compreendida de forma ampliada, abarcando, de forma geral, todo aquele que se apresente em situação de fraqueza não apenas econômica, mas também em situação de carência nos aspectos de informação, educação, associação e posição social<sup>3</sup>, entre outros.

As fraudes bancárias em conta-corrente ocorridas na internet, com furtos de valores das contas dos consumidores-correntistas, são situações fáticas típicas em que a inversão é medida apropriada. Nesses casos, em que o defeito somente pode ser reconhecido com após perícias e com o auxílio do réu-fornecedor, cabe a inversão do ônus da prova.

O STJ, por meio de sua Terceira Turma, no julgamento do REsp 915.599-SP, Rel. Min. Nancy Andriahi, DJe de 05/09/2008, em ação na qual se discutia a realização de saques indevidos em conta bancária, entendeu que a hipossuficiência deve ser analisada não apenas sob o prisma econômico e social, mas especialmente no que tange ao aspecto da produção de prova técnica. E, na hipótese dos autos, devido à hipossuficiência técnica do consumidor, dificilmente este conseguiria fazer prova de que os saques não foram autorizados, pois são desconhecidos do cidadão médio os mecanismos específicos de segurança utilizados pela instituição financeira para o controle de seus procedimentos e as possíveis formas de superação dessas barreiras para o cometimento de fraudes. Assim, inverteu-se o ônus da prova.

de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 180.

3. Nesse sentido v. Cecília Matos. In: O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. jul.-set. 1994, p. 166.

Para Antonio Gidi,

(...) o principal aspecto que desponta no contexto da inferioridade do consumidor em relação ao fornecedor, no que diz com a produção probatória, está na desigualdade que existe quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade deste<sup>4</sup>.

Como se sabe, o sistema bancário está suscetível a falhas, as quais, quando ocorrem, podem trazer prejuízos financeiros enormes para o consumidor-correntista. Desse modo está correta, em nosso ver, a decisão do STJ. O banco-fornecedor, produtor da tecnologia, deve criar mecanismos de verificação e de controle capazes de demonstrar que as operações foram, ou não, realizadas pelo consumidor. Esse entendimento está em sintonia com a necessidade de harmonização dos interesses dos consumidores e dos fornecedores e o equilíbrio nas relações de consumo (art. 4º, III, do CDC).

### ■ 3.2.2. Verossimilhança

A alegação pode ser tida como verossímil quando gerar, ao juiz, a sensação de certeza relativa em face do contexto fático apresentado pelo consumidor, pois o que este afirma é provável que efetivamente tenha ocorrido.

Essa verossimilhança deve ser constatada pelo juiz quando da leitura da petição inicial, cujos argumentos devem conter “forte conteúdo persuasivo”<sup>5</sup>.

Pode-se dizer que é verossímil, por exemplo, a alegação de um consumidor que afirme ter estacionado seu veículo no estacionamento de um shopping center, exibindo a nota fiscal de compra em loja

4. Op. cit., p. 36.

5. Cf. Rizzato Nunes, op. cit., p. 739.

do referido estabelecimento. Nesse caso, eventual furto aos objetos deixados no interior do veículo deveria ser ressarcido ao consumidor pelo referido shopping, devendo o juiz inverter o ônus da prova de maneira que caiba ao réu a prova de que o veículo não estava no estacionamento.

Humberto Theodoro Júnior assim conceitua a verossimilhança:

(...) é juízo de probabilidade extraída de material probatório de feito indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor. Diz o CDC que esse juízo de verossimilhança haverá de ser feito “segundo as regras ordinárias da experiência (art. 6º, VIII). Deve o raciocínio, portanto, partir de dados concretos que, como indícios, autorizem ser muito provável a veracidade da versão do consumidor”<sup>6</sup>.

Nos dizeres de Antonio Gidi,

Verossímil não é necessariamente verdadeiro. Mesmo porque um fato somente poderá ser considerado juridicamente verdadeiro (verdade formal, obviamente) após o trânsito em julgado da sentença que o reconhece. Mas a verossimilhança está intimamente relacionada com a verdade. Verossímil é o que é semelhante à verdade, o que tem aparência de verdade, o que não repugna à verdade, enfim, o que é provável.

Poder-se-ia fazer, ainda que sem um certo rigor, uma aproximação entre a verossimilhança das alegações do consumidor e o *fumus boni iuris* do processo cautelar: seria, por assim dizer, uma espécie de *fumus boni facti*<sup>7</sup>.

Reflitamos sobre a situação de um consumidor esclarecido que, ciente do defeito apresentado pelo produto adquirido, tenha plenas

6. Op. cit., p. 179-180.

7. Op. cit., p. 35.

condições de produzir as provas pertinentes. Em relação a esse consumidor não nos parece ser o caso de inversão do ônus da prova, pois ao mesmo tempo em que a hipossuficiência do consumidor é tutelada pelo CDC, este diploma igualmente preza pela harmonização e pelo equilíbrio dos interesses dos envolvidos nas relações de consumo (art. 4º, I e III, c/c o art. 170 da CF).

### ■ 3.3. OPE IUDICIS X OPE LEGIS

De acordo com Humberto Theodoro Júnior, a inversão não é legal (*ope legis*), e sim judicial (*ope iudicis*), cabendo ao juiz aplicá-la quando entender configurado o quadro estipulado na lei<sup>8</sup>.

Antonio Gidi, por sua vez, entende que a inversão é *ope legis*. Esse autor considera que, uma vez presentes os pressupostos no caso concreto, não cabe ao juiz decidir se inverterá o ônus da prova. O papel do magistrado, então, é o de aferir os requisitos impostos pelo CDC, os quais, se presentes, devem ensejar a dita inversão<sup>9</sup>.

Ou seja, para os que entendem que o art. 6º, VIII, do CDC é regra de procedimento (*ope iudicis*), deve o magistrado manifestar-se no que tange à dita inversão, possibilitando inclusive ao réu-fornecedor a oportunidade de desincumbir-se desse ônus da prova.

E para os que se orientam no sentido de que a dita inversão se trata de regra de julgamento, decorrendo não de ato judicial, mas da lei (*ope legis*), então a presença dos requisitos autorizadores significa que o ônus estará invertido, limitando-se o magistrado a constatar se estão presentes esses requisitos quando do julgamento do pedido.

8. Op. cit., p. 185.

9. Op. cit., p. 36.

A propósito, para os adeptos dessa última corrente, seria possível a inversão do ônus da prova mesmo em segundo grau de jurisdição, não se podendo falar que o réu-fornecedor seria surpreendido ou teria seu direito de defesa cerceado. Todavia, na específica situação de o juízo “a quo” ter decidido anteriormente que o ônus da prova cabia ao consumidor, tal hipótese, conforme André Gustavo C. de Andrade,

(...) poderia ter induzido o fornecedor a deixar de produzir prova que lhe favoreceria. Uma vez demonstrada tal situação, e comprovando que, concretamente, poderia o fornecedor ter produzido prova capaz de modificar o julgamento da demanda, caberá ao tribunal – aí, sim – anular a sentença, por cerceamento de defesa<sup>10</sup>.

A Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 422778-SP, Rel. Min. Castro Filho, DJ de 27/08/2007, apreciou ação indenizatória movida por consumidor que, tentando abrir uma garrafa de refrigerante em um posto de gasolina, teve seu olho atingido violentamente pela tampinha, acarretando-lhe perda quase total da visão.

A ação foi movida em face do fabricante do refrigerante. Nesse caso, o magistrado da instância originária julgou improcedentes os pedidos sob o fundamento de que, em apertada síntese, o autor não teria provado que o réu era o fabricante do refrigerante causador do acidente.

O Tribunal “a quo” deu provimento à apelação do autor sob o fundamento de que cabia à ré demonstrar que não fabricava ou distribuía tal refrigerante naquela região, entendendo-se, por isso, que teria invertido o ônus da prova em segundo grau de jurisdição.

10. André Gustavo C. Andrade, A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – O momento em que se opera a inversão e outras questões, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 48, out.-dez. 2003, p. 109.

O réu, em seu recurso especial, e entre outros argumentos, aduziu ter havido violação ao art. 6º, VIII, do CDC, na medida em que tal inversão seria regra de instrução processual, e não de julgamento, de forma que o Tribunal “a quo” não poderia tê-la aplicado.

No julgamento do recurso especial o Min. Castro Filho deu provimento ao recurso, entendendo que a inversão é regra de instrução, determinando o retorno dos autos para que o juízo se pronunciasse a respeito do direito do recorrente de fazer a prova.

Contrariamente, a Min. Nancy Andrichi posicionou-se no sentido de que a regra do art. 6º, VIII, do CDC é de julgamento, não tendo havido surpresa ao fornecedor, o qual tem ciência de que, em tese, haverá a inversão, além do que é ele quem dispõe do material técnico do produto, certo que o consumidor é parte vulnerável da relação e litigante eventual.

O Min. Ari Pargendler, em seu voto-vista, acompanhou integralmente a divergência ao não conhecer do especial.

O Min. Carlos Alberto Menezes Direito, a despeito de entender que a inversão deve dar-se quando da produção da prova, acompanhou a divergência apenas quanto ao resultado, ao fundamento de que o acórdão destacara tratar-se de responsabilidade objetiva. Desse modo, orientou-se pela aplicação do art. 14 do CDC, de inversão legal, sendo que o recorrente não teria atendido à incumbência de provar a excludente de sua responsabilidade.

O Min. Humberto Gomes de Barros, em seu voto-vista, acompanhou o Min. Relator.

Em outro julgamento, a Terceira Turma do STJ, apreciando o REsp 949000-ES, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 23/06/2008, assim ementou o acórdão:

Recurso especial. Consumidor. Inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII, do CDC. Regra de julgamento.

- A inversão do ônus da prova, prevista no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, é regra de julgamento.

- Ressalva do entendimento do Relator, no sentido de que tal solução não se compatibiliza com o devido processo legal.

Desse modo, como se pode perceber, existe divergência entre os ministros do STJ no que tange à circunstância de a inversão do ônus da prova caracterizar-se como *ope legis* ou *ope iudicis*.

Em nossa opinião, a regra do art. 6º, VIII, do CDC é de procedimento, ou seja, *ope iudicis*. Desde que presentes os requisitos legais, cabe ao juiz inverter o ônus da prova. Em atenção ao devido processo legal, o fornecedor tem o direito de não ser surpreendido no que tange à dita inversão, e, por isso, necessária manifestação judicial expressa nesse sentido. O fornecedor, quando ingressa na demanda, o faz sob a proteção do art. 333 do CPC em termos de ônus da prova, sendo excepcional a inversão autorizada pelo art. 6º, VIII, do CDC.

Considerando-se que o CDC é diploma inteiramente de ordem pública, nos termos de seu próprio art. 1º, daí deflui a circunstância de que todos os seus dispositivos – inclusive o art. 6º, VIII, atinente à inversão do ônus da prova – podem ser aplicados pelo magistrado a qualquer momento, independentemente de pedido expresso nesse sentido. Assim, ainda que o consumidor não peça, deve o magistrado inverter o ônus da prova, se atendidos os requisitos legais.

#### ■ 3.4. MOMENTO DA INVERSÃO

Quanto ao momento adequado para inversão do ônus da prova, alguns entendem que o juiz possa decretá-la no despacho da petição



inicial; outros, que possa ocorrer até a prolação da sentença, inclusive nesta. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, essas duas posições são extremadas, pois antes da contestação não se faz possível saber quais serão os fatos controvertidos e, por isso, passíveis de serem provados; e na sentença, a inversão é medida tardia porque a instrução já se encerrou<sup>11</sup>.

Para Antonio Gidi,

A oportunidade propícia para a inversão do ônus da prova é em momento anterior à fase instrutória. Do momento em que despacha a inicial, até a decisão do saneamento do processo, o magistrado já deve dispor de dados para se decidir para a inversão. Assim, a atividade instrutória já inicia com as cartas probatórias transparentemente distribuídas entre as partes.

Não significa que, uma vez ultrapassado esse momento do processo, ao magistrado não mais caiba fazê-lo. Isso porque a verossimilhança, em alguns casos, somente se configura após um início de prova. Afinal, também a verossimilhança deve ser cabalmente demonstrada ao convencimento do magistrado, e esse ônus é exclusivamente do consumidor. Não será porque a fase instrutória se encerrou que o magistrado não poderá, convencido da verossimilhança e hipossuficiência, inverter o ônus da prova.

Não raro, somente no momento de sentenciar é que a situação se configura com clareza na mente do julgador. Em casos que tais, o magistrado não somente pode, como deve inverter o ônus, e dar prazo razoável para o fornecedor produzir a prova de que passa a estar encarregado. Poder-se ia dizer que isso subverteria todo o procedimento e afrontaria o princípio da eventualidade, segundo o qual, uma vez superada uma fase, não mais é dado a ela retornar.

*Data venia*, não nos parece correto tal posicionamento. A própria possibilidade de inverter o ônus da prova já subverte as bases do processo

11. Op. cit., p. 186.

civil tradicional: todos os outros princípios e institutos processuais devem ser modificados e adequados à nova realidade e às novas necessidades do processo civil da sociedade contemporânea<sup>12</sup>.

Sobre o assunto, entende Rizzatto Nunes que a inversão deve ser apreciada pelo juiz entre o pedido inicial e o saneador<sup>13</sup>.

Como dissemos anteriormente, a inversão do ônus da prova não pode surpreender o fornecedor, o qual, quando ingressa na demanda, o faz sob a proteção do art. 333 do CPC em termos de ônus da prova, sendo excepcional a inversão autorizada pelo art. 6º, VIII, do CDC. Assim, o momento mais oportuno para efetuar-se essa inversão é aquele imediatamente anterior à fixação dos pontos controvertidos da demanda e de deferimento de provas (art. 331, § 2º, do CPC). Trata-se, como se costuma ver na prática, da decisão que determina às partes que especifiquem as provas<sup>14</sup>.

É direito das partes conhecerem previamente as regras atinentes ao ônus da prova. Se desconhecem essas regras, gera-se indesejável insegurança jurídica, possibilitando que surpresas aconteçam, o que desatende aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Em suma, as partes têm o direito de saber quais são os fatos a serem provados, bem como quem está incumbido de produzir essas provas.

Quando o ônus da prova é invertido, fica o consumidor desincumbido de provar o nexo de causalidade – nas situações de responsabilidade objetiva –, ou de provar a culpa, em se tratando de

12. Op. cit., p. 39.

13. Op. cit., p. 743.

14. Nesse mesmo sentido confira-se o entendimento de Anselmo Pietro Alvarez. In: As repercussões extraprocessuais e processuais (competência e inversão do ônus da prova) da facilitação da defesa de direitos do consumidor, como garantia básica do sistema, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 57, jan.-mar. 2006, p. 180.

responsabilidade subjetiva. Os danos, porém, devem ser demonstrados pelo consumidor.

Situação específica, todavia, está prevista no art. 38 do CDC, segundo o qual “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.” Desse modo, em ações judiciais versando sobre essa específica temática, o ônus da prova já está previamente definido.

### ■ 3.5. ÔNUS ECONÔMICO

A inversão do ônus da prova não tem o condão de acarretar ao réu o custeio das custas e despesas processuais, ou seja, não fica o réu obrigado a pagar as custas das provas requeridas pelo consumidor, embora sujeite-se aos efeitos de não produzir tais provas.

Esse é o entendimento do STJ, que, por meio de sua Quarta Turma, nos autos do REsp 845.601-SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 02/04/2007, assim ementou seu julgado:

Processo civil – Código de Defesa do Consumidor – Inversão do ônus da prova – Custeio da prova determinada pelo juízo, com adesão do autor ao pugnar pela redução da verba honorária – Interpretação dos arts. 19 e 33 do CPC, bem como 6º, VIII, do CDC – Recurso especial conhecido e provido.

- Acerca da inversão dos ônus da prova e das despesas para custeá-la quando verificada a relação de consumo, prevalece, no âmbito da Segunda Seção desta Corte Superior de Justiça, que os efeitos da inversão do ônus da prova não possui a força de “obrigar a parte contrária a arcar com as custas da prova requerida pelo consumidor” (cf. REsp 816.524-MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 08/11/2006).

- No caso em comento a prova foi determinada pelo magistrado, de ofício, de modo que cabe ao autor o seu adiantamento, nos precisos

termos dos artigos 19 e 33 do Código de Processo Civil. Esses preceitos estabelecem que a remuneração do perito será paga pelo autor quando determinada a prova pericial de ofício pelo juiz. Trilhando o mesmo modo de pensar confira-se o REsp 894.628-SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 02/02/2007 e REsp 45.208-SP, Rel. Min. Cláudio Santos, DJ de 26/02/1996.

- Recurso especial conhecido e provido para reconhecer que cabe ao autor da demanda o pagamento da prova pericial.

Tal posicionamento do STJ parece-nos razoável, pois protege o consumidor – que não responde pelos custos inerentes – e, ao mesmo tempo, permite que o fornecedor decida pela produção ou não das provas, assumindo os riscos inerentes à opção trilhada.

# 4

---

## Competência

---

### ■ 4.1. AÇÃO INDIVIDUAL

Assim dispõe o art. 101, inciso I, do CDC:

*Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:*

*I – a ação pode ser proposta no domicílio do autor;*

*(...)*

**A**OPÇÃO conferida ao consumidor, de litigar em seu domicílio, é medida que está em consonância com a facilitação do acesso à justiça para o consumidor, além de representar tratamento paritário das partes, pois considerando que o consumidor – hipossuficiente – já tenha sido vítima de ilícito cometido pelo

fornecedor (produto ou serviço defeituoso, por exemplo), se, além disso, ainda tivesse que litigar no foro do ofensor, seria então duplamente prejudicado.

O consumidor, se preferir, pode optar pelo foro do domicílio do réu, nos termos do *caput* do art. 94 do CPC.

Em contratos de adesão muitas vezes existem cláusulas padronizadas de eleição de foro, que, estipuladas unilateralmente, dificultam a busca da tutela jurisdicional pelo consumidor, onerando-o ao impor-lhe foros distantes de seu domicílio, o que pode ser um empecilho quase incontornável, dados os custos para sua transposição.

Se não houve livre escolha por parte do consumidor no que tange à eleição do foro contratual, tratando-se de adesão imposta pelo fornecedor, tal circunstância dificulta o acesso à justiça por parte do consumidor, o qual precisa se deslocar para acompanhar o andamento processual.

Essas cláusulas de eleição de foro que prejudicam o acesso do consumidor à justiça são abusivas e nulas, conforme o art. 51, inciso XV, do CDC. Tal nulidade pode ser declarada de ofício pelo juiz. Nesse sentido dispõe o art. 112, parágrafo único, do CPC<sup>1</sup>, em linha com os precedentes do STJ<sup>2</sup>.

O STJ entende pela abusividade dessa cláusula de foro de eleição, constante de contrato de adesão, que dificulte ou inviabilize o acesso do consumidor-aderente ao Judiciário<sup>3</sup>.

1. "Art. 112. Argúi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa. Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu". (Incluído pela Lei nº 11.280, de 2006)

2. CC 26.354-RJ, Segunda Seção, Rel. Ari Pargendler, DJ de 04/10/1999; CC 18.652-GO, Segunda Seção, Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 26/03/2001. REsp 436.815-DF, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 28/10/2002.

3. CC 3.511-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Cláudio Santos, DJ de 21/06/1993; CC 2.529-GO, 2ª Seção, Rel. Min. Fontes de Alencar, DJ de 23/11/1992; CC 29.088-SP, 2ª Seção, Rel. Min. Waldemar

Até o julgamento do Conflito de Competência nº 17.735-CE, predominava no STJ o entendimento de que, nos contratos de adesão, o critério de competência territorial era relativo, não cabendo ao juiz, de ofício, declarar-se incompetente nos termos do enunciado da Súmula nº 33<sup>4</sup>, vez que a competência estava sujeita à prorrogação, conforme o disposto nos arts. 114 e 102 do CPC. Assim, caberia ao réu opor exceção de incompetência.

Entretanto, alterando seu posicionamento, o STJ atualmente orienta-se no sentido de que, em prol da facilitação da defesa do consumidor, o juiz pode declinar da sua competência de ofício, desconsiderando o foro de eleição estabelecido no contrato de adesão<sup>5</sup>.

A Quarta Turma do STJ, REsp 1.049.639-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 16/12/2008, publicado no DJe de 02/02/2009, decidiu que a benesse da propositura da demanda no foro do domicílio do consumidor decorre de sua condição pessoal de hipossuficiência e vulnerabilidade, por isso não se estendendo esse respaldo legal a associação de consumidores sediada em local diverso do domicílio dos consumidores.

#### ■ 4.2. AÇÕES COLETIVAS

Reza o art. 93 do Código de Defesa do Consumidor nos seguintes termos:

*Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:*

Zveiter, DJ de 13/11/2000.

4. Enunciado: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

5. CC 48647/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 05/12/2005; AgRg no Ag 495742-DF, 4ª T., Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 04/10/2004; AgRg no Ag 547829/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 26/04/2004; AgRg no Ag 466606-DF, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 10/03/2003.

*I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;*

*II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.*

O art. 93 do CDC, apesar de inserido no Capítulo II, cujo título refere-se às “ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos”, rege todas as demandas coletivas, inclusive aquelas em que se pretende a defesa dos direitos difusos e coletivos.

Para Rizzatto Nunes, essa situação resolve-se com o subsistema próprio do CDC, pois se a lei dispôs com regra para proteção dos direitos individuais homogêneos para proteger o consumidor, deve-se estender tal benefício a situações de direitos difusos e coletivos<sup>6</sup>. Nesse mesmo sentido manifesta-se Ada Pellegrini Grinover, a qual ressalta a importância de que o sistema jurídico contenha regras idênticas, resguardando-se sua coerência<sup>7</sup>.

De acordo com o previsto no *caput* do art. 93 do CDC, fica ressalvada a competência da Justiça Federal, cujas hipóteses estão previstas no art. 109 da Constituição Federal.

A subdivisão feita nos incisos do art. 93 do CDC leva como critério diferenciador o âmbito em que os danos ocorreram ou possam vir a ocorrer. Se for local, é competente o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Se regional ou nacional, é competente o foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal.

Esse regramento previsto no inciso I do art. 93 do CDC, estipulando a competência em razão do lugar do dano, indica a competência

6. Op. cit., p. 747-748.

7. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., 9. ed., p. 894.

da Justiça Estadual. Nessas situações o objetivo é aproximar o juiz dos fatos e facilitar o acesso do consumidor à justiça.

Porém, o disposto no art. 93, inciso I, do CDC, só facilita efetivamente o acesso do consumidor à justiça se o seu domicílio coincidir com o local do dano. Caso tal coincidência não se verifique, a solução é interpretar esse dispositivo em conjunto com o inciso I do art. 101 do CDC, cujo *caput* inclusive autoriza a aplicação recíproca de normas dos Capítulos I e II do Título III.

Apesar de tratar-se de competência territorial, o art. 2º da LACP, abaixo transcrito, dispensa tratamento de natureza absoluta, sendo a competência, portanto, inderrogável e improrrogável.

*Art. 2º As ações previstas nesta Lei serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa.*

*Parágrafo único. A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001)*

Se o dano não puder ser caracterizado como regional, atingindo apenas duas comarcas, por exemplo, nesse caso a competência territorial é de qualquer uma delas.

Quanto aos danos regionais, ou seja, danos que extravasem o âmbito local, se esses ocorrerem em comarcas de um mesmo Estado, o foro da Capital será o competente. E se em cidades de mais de um Estado, qualquer dos foros das Capitais será competente, havendo concorrência, aplicando-se a regra da prevenção prevista no art. 106 do CPC.

No que tange aos danos de âmbito nacional, Ada Pellegrini Grinover manifesta-se no sentido de que a competência, nesses casos,

é do Distrito Federal:

Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo. As regras de competência devem ser interpretadas de modo a não vulnerar a plenitude da defesa e o devido processo legal.

Essa interpretação reduziria os casos de competência concorrente, que de qualquer modo seriam solucionados pelos critérios do Código de Processo Civil, inclusive quanto à prevenção (arts. 105 e 106 do CPC)<sup>8</sup>.

Se reconhecermos a competência exclusiva de Brasília, tal centralização das ações coletivas traz alguns inconvenientes, tais como a dificuldade que os entes legitimados de outros Estados teriam em termos de acesso à justiça por força da distância, a qual também muitas vezes limitaria o conhecimento da realidade de fatos ocorridos em outras localidades.

Por outro lado, se reconhecermos a exclusividade da competência do Tribunal do Estado ou da Região, existe o inconveniente de uma sentença prolatada em uma pequena comarca do interior, transitada em julgado, produzir efeitos sobre todo o território nacional.

Nos autos do Conflito de Competência nº 17.533- DF, julgado pela Segunda Seção do STJ, relatado pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito, publicado no DJ de 30/10/2000, decidiu-se que, para as hipóteses de dano de âmbito regional ou nacional, a lei estabelece foros concorrentes: foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal, a critério do autor da ação. Vejamos a ementa desse acórdão:

8. Op. cit., 2007, p. 898.

Conflito de competência. Ação Civil Pública. Código de Defesa do Consumidor. 1. Interpretando o art. 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, já se manifestou esta Corte no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo, ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal, invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo para prosseguir no julgamento do feito.

A disjuntiva “ou”, constante do inciso II do art. 93 do CDC, indica foros concorrentes, não cabendo falar, portanto, em exclusividade do foro do Distrito Federal para essas ações. Assim, o foro da Capital do Estado e o foro da Capital Federal traduzem competências territoriais concorrentes, embora de índole absoluta. Ajuizada ação coletiva tendo por causa de pedir dano que não se caracterize como local, o foro escolhido torna-se preventivo para idênticas demandas.

Esse é o atual entendimento do STJ, o qual, interpretando o art. 93, II, do CDC, decidiu que a competência para a ação civil pública que trate de dano de âmbito nacional não se restringe ao foro do Distrito Federal, podendo ser proposta nos foros das capitais de Estado<sup>9</sup>.

Em relação ao art. 16 da LACP, com redação dada pela Lei nº 9.494/1997, assim determina:

9. CC 17.532-DF, Segunda Seção, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 05/02/2001; CC 17.533-DF, Segunda Seção, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 30/10/2000; CC 26.842-DF, Segunda Seção, Rel. originário Min. Waldemar Zveiter, Rel. para acórdão Min. César Asfor Rocha, DJ de 05/08/2002.

*Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

A Segunda Seção do STJ, no julgamento do EREsp 399.357-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 09/09/2009, publicado no DJe de 14/12/2009, acolheu por unanimidade de votos os referidos embargos de divergência, ressaltando que há julgados no sentido de que a sentença proferida em ACP faz coisa julgada *erga omnes*, mas nos limites da competência territorial do órgão que a prolatou, nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, com a redação dada pela Lei nº 9.494/1997. Trata-se o caso de ação civil pública movida pelo IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor em face de instituição financeira buscando-se as diferenças de correção monetária (janeiro de 1989) devidas em caderneta de poupança.

A Terceira Turma do STJ, no julgamento do REsp 944.464-RJ, Rel. Min. Sidnei Benetti, DJe de 11/02/2009, aplicou o art. 16 da LACP restringindo os efeitos da decisão proferida na ação civil pública aos limites do Estado do Rio de Janeiro/RJ.

A Corte Especial do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 293.407-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, assim ementou seu julgado, datado de 07/06/2006, publicado no DJ de 01/08/2006, aplicando o art. 16 da LACP:

Embargos de divergência. Ausência de dissenso entre os arestos confrontados. Ação civil pública. Sentença. Efeitos *erga omnes*. Abrangência restrita aos limites da competência territorial do órgão prolator.

1. Não há falar em dissídio jurisprudencial quando os arestos em confronto, na questão em foco, decidem na mesma linha de entendimento.

2. Nos termos do art. 16 da Lei nº 7.347/1985, alterado pela Lei nº 9.494/1997, a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator.

3. Embargos de divergência não conhecidos.

Discordamos dessa linha de julgamentos seguida pelo STJ. O art. 16 da LACP faz confusão entre os efeitos da sentença e a competência.

Correto, em nosso sentir, o posicionamento externado por Ada Pellegrini Grinover, no sentido de que a expressão “nos limites da competência territorial do órgão prolator” (do art. 16 da LACP) é inócua, pois a competência territorial é tema disciplinado pelo art. 93 do CDC – aplicável à ACP por força do art. 21 da LACP –, deste não se podendo desvincular tendo em vista que tal dispositivo rege todos os processos coletivos, voltados para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos<sup>10</sup>.

A nosso ver, esse art. 16 da LACP, com redação introduzida pela Lei nº 9.494/1997, não tem aplicabilidade para regular as relações de consumo, sendo certo que o art. 103 do CDC é o dispositivo a ser aplicado no que tange aos efeitos da sentença. O art. 16 da LACP está em desarmonia com o sistema desenhado pelo CDC, por isso é inaplicável em ações coletivas para defesa dos direitos dos consumidores.

É o próprio CDC – lei especial – que, nos processos coletivos, amplia os limites da competência territorial ao âmbito nacional ou regional, sendo certo que o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência.

As ações coletivas, para tutela dos direitos do consumidor, possuem regramento próprio, recebendo complementação das regras da LACP desde que estas não contrariem os preceitos e a principiologia

10. Op. cit., 2007, p. 901.

do CDC. E este diploma, como *lex specialis*, possui regra expressa no art. 93, inciso II, estabelecendo a competência da capital do Estado ou do Distrito Federal nas causas em que o dano ou perigo de dano for de âmbito regional ou nacional.

O fato de ser estabelecida a competência no foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional não interfere nos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, permanecendo compatíveis as regras dos arts. 93 e 103 do CDC.

Nesse sentido vale transcrever a ementa de acórdão relatado pela Min. Nancy Andrighi em acórdão prolatado pela Terceira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 399.357-SP, publicado no DJe de 20/04/200

Processo civil e direito do consumidor. Ação coletiva ajuizada por associação civil em defesa de direitos individuais homogêneos. Expurgos inflacionários devidos em caderneta de poupança em janeiro de 1989. Distinção entre eficácia da sentença e coisa julgada. Eficácia nacional da decisão.

- A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.

- Distinguem-se os conceitos de eficácia e de coisa julgada. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. O art. 16 da LAP, ao impor limitação territorial à coisa julgada, não alcança os efeitos que propriamente emanam da sentença.

- Os efeitos da sentença produzem-se "erga omnes", para além dos limites da competência territorial do órgão julgador. Recurso Especial improvido.

# 5

## Ação civil pública

### ■ 5.1. DENOMINAÇÃO

**P**ARCELA da doutrina subdivide as ações coletivas para defesa dos direitos dos consumidores em ações civis públicas e ações civis coletivas<sup>1</sup>. Ambas prestam-se à defesa coletiva dos consumidores. Porém, diferenciaram-se fundamentalmente porque a ACP visaria à defesa dos direitos difusos e coletivos, enquanto a ação civil coletiva teria sido criada pelo CDC, para defesa dos direitos individuais homogêneos.

Entretanto, não vemos utilidade nessa classificação. Todas as categorias de direitos metaindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos, são tutelados por

1. Nesse sentido orienta-se João Batista de Almeida (Manual de Direito do Consumidor, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 197-201).



meio da ação civil pública, cujo procedimento deve ser seguido e estar em consonância com o CDC. Hipoteticamente, por exemplo, é possível a cumulação de pedidos de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em uma mesma ação coletiva. Como denominaríamos essa ação? É certo que o nome dado não tem relevância, e sim o pedido e suas consequências.

Em suma, as ações civis públicas são espécie do gênero ações coletivas, adequadas para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos previstos no CDC.

## ■ 5.2. OBJETO

As ações civis públicas apresentam-se comumente como palco de enriquecedoras discussões em relação aos direitos metaindividuais titularizados pelos consumidores, exigindo reflexões notadamente especiais quando do balanceamento dos interesses envolvidos, vez que as decisões judiciais podem ter o condão de favorecer ou prejudicar coletividades.

Por essas e outras circunstâncias, foi extremamente importante a conceituação adotada pelo art. 81 do CDC, diferenciando as categorias de direitos metaindividuais, quais sejam, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

As expressões “direitos” e “interesses” devem ser compreendidas como sinônimas. Conforme Rizzatto Nunes,

Tem que se entender ambos os termos como sinônimos, na medida em que “interesse”, semanticamente em todos os casos, tem o sentido de prerrogativa e esta é exercício de direito subjetivo. Logo, direito e interesse têm o mesmo valor semântico: direito subjetivo ou prerrogativa, protegidos pelo sistema jurídico<sup>2</sup>.

2. Op. cit., p. 697.

De acordo com Kazuo Watanabe,

(...) certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles<sup>3</sup>.

A propósito, cumpre observar que a própria CF faz uso do termo “interesses” em seu art. 5º, inciso LXX, *b*.

Os mesmos fatos podem dar ensejo a tutelas individuais ou coletivas, a depender da natureza do pedido formulado pela parte. Tomemos a publicidade enganosa como exemplo:

a) pedido de abstenção: interesse difuso, pois os sujeitos são indeterminados e o objeto é indivisível, já que todos os consumidores se beneficiarão da tutela jurisdicional;

b) pedido de condenação das empresas a fornecerem gratuitamente orientações adequadas para todos que adquiriram os produtos e serviços por força da propaganda enganosa; o interesse é coletivo, pois apenas os que compraram serão beneficiados;

c) ressarcimento pelos danos causados pelos produtos: os interesses são individuais homogêneos, pois os lesados estarão dispersos; a origem do ilícito reside na compra do produto, fato comum.

Observemos outro exemplo, desta vez referente aos cadastros de proteção ao crédito. Quanto aos cadastrandos, ou seja, consumidores ainda não inscritos, mas passíveis de o serem, têm eles o direito a serem comunicados – conforme dispõe o art. 43, § 2º, do CDC – a respeito das eventuais inscrições anotadas em seus registros, sendo esses direitos difusos, uma vez que transindividuais, de natureza

3. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto, in: Ada Pellegrini Grinover *et al.*, 9. ed., p. 819.

indivisível e dos quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, em conformidade com o art. 81, parágrafo único, I, do CDC.

Quanto aos consumidores já cadastrados, igualmente possuem o direito de serem comunicados dos apontamentos registrados, porém como pertencem a um grupo específico – dos cadastrados –, nesse caso trata-se de direitos coletivos, nos termos do art. 81, parágrafo único, II, do CDC.

E caso sejam inseridas informações inexatas, trata-se de direito individual homogêneo, em conformidade com o art. 81, parágrafo único, III, do CDC, pois decorrem de origem comum consistente no comportamento ilícito do órgão cadastral em inserir anotação ilícita, deixando de investigá-la e retificá-la, gerando danos para os consumidores cadastrados.

### ■ 5.3. MODALIDADES DE TUTELA

Nos termos do art. 1º da LACP, o pedido formulado na petição inicial poderá ser de proteção aos seguintes bens jurídicos: meio ambiente; consumidor; ordem urbanística; bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; infração à ordem econômica e da economia popular; e qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

A tutela preventiva, ou inibitória, fundamentada nos arts. 461 e 461-A do CPC, bem como no art. 11 da LACP, visa obrigar o réu a fazer ou deixar de fazer algo, inclusive admitindo medidas de execução indireta, como as *astreintes*, além de outros tipos de tutelas executivas atípicas previstas no art. 461, §§ 4º e 5º, do CPC.

A tutela ressarcitória, por sua vez, pode ser dividida em *tutela pelo equivalente* e *tutela específica*.

A *tutela pelo equivalente*, de acordo com José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, “consiste na reparação pecuniária pela transferência de um valor equivalente ao prejuízo que foi causado”. Essa forma de reparação não é a ideal para os direitos coletivos, cujos bens jurídicos primam pela tutela específica<sup>4</sup>.

No que tange à *tutela específica*, prosseguem José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo esclarecendo que pode dividir-se em *tutela reintegratória* e *tutela de ressarcimento na forma específica*. A *reintegratória* “consiste na repristinação material, ou seja, no retorno ao estado anterior, como se o dano não tivesse sido praticado”. A *ressarcitória* “procura determinar uma forma equivalente, através da atribuição de uma soma, capaz de garantir uma realidade correspondente àquela existente”<sup>5</sup>.

#### ■ 5.3.1. Tutelas de urgência

São inúmeras as situações nas quais o consumidor precise de uma prestação jurisdicional urgente para proteger seu direito. Exemplos: ameaça de corte de serviço público essencial; inclusão de apontamento indevido junto aos cadastros de proteção ao crédito; recusa de seguradora em cobrir determinado tipo de cirurgia; anúncios ilícitos em programas de televisão etc.

A ação civil pública admite todas as modalidades de tutelas de urgência, nos termos do art. 83 do CDC. Cabem, portanto, (a) as medidas cautelares; (b) as antecipações de tutela; e (c) a tutela de urgência satisfativa autônoma, para defesa dos direitos dos consumidores.

De acordo com José Miguel Garcia Medina e Fernando da Fonseca Gajardoni<sup>6</sup>:

4. Procedimentos cautelares e especiais, *Processo civil moderno*, v. 4. São Paulo: Revista do Tribunais, 2009, p. 370.

5. *Idem*, *ibidem*.

6. *Idem*, p. 35.

- a) a tutela cautelar, antecedente ou principal, tem por finalidade conservar a situação de fato ou de direito sobre a qual deverá incidir eficazmente o provimento “principal”; seus requisitos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*;
- b) a antecipação dos efeitos (diretos ou indiretos) da tutela permite a fruição imediata dos efeitos da tutela “principal”; seus requisitos são a prova inequívoca e o perigo da demora (art. 273, inciso I, do CPC);
- c) a tutela de urgência satisfativa autônoma não possui natureza verdadeiramente cautelar em virtude de seu caráter satisfativo e, por isso, parte da doutrina sustenta sua autonomia; não há procedimento específico no CPC para essa modalidade de tutela de urgência.

Embora existam alguns aspectos que permitam diferenciá-las, o fato é que essas modalidades de tutela de urgência são figuras semelhantes, de forma que muitas vezes é extremamente difícil distingui-las. Nesse sentido é que o CPC, em seu art. 273, § 7º, admite a fungibilidade entre os institutos da tutela cautelar e da antecipação dos efeitos da tutela.

O CDC, em seu art. 84, § 3º, assim dispõe:

*Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

(...)

*§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.*

De acordo com João Batista Lopes, “no que respeita aos requisitos para a concessão da medida, há que se observar os arts. 84, § 3º, do CDC e 12 da LACP, sendo suficientes, pois, a plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*), não se exigindo a prova inequívoca (*rectius*, forte probabilidade)”<sup>7</sup>.

O art. 84, § 3º, do CDC, portanto, exige a presença de dois requisitos para que a tutela possa ser concedida liminarmente, quais sejam:

- a) fundamento relevante = *fumus boni iuris* = plausibilidade da narrativa do autor-consumidor;
- b) receio de ineficácia caso a tutela seja concedida apenas ao final.

A LACP, no art. 12, e a Lei da ação popular (Lei nº 4.717/1965), em seu art. 5º, § 4º, admitem a concessão de liminares. Da análise desse microsistema legislativo depreende-se que as tutelas de urgência são plenamente cabíveis em ações individuais e coletivas, inclusive nas ações civis públicas para defesa dos direitos metaindividuais dos consumidores.

#### 5.3.1.1. Tutela antecipada em face da Fazenda Pública

O art. 1º da Lei nº 9.494/1997, fazendo remissão aos arts. 1º, 2º e 3º, da Lei nº 8.437/1992, excepciona o deferimento de liminar em desfavor da Fazenda Pública, nos seguintes termos:

Lei nº 9.494/1997:

*Art. 1º. Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu § 4º da Lei nº*

7. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 227.

5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992.

Lei nº 8.437/1992:

*Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.*

A justificativa de proibição da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública baseia-se principalmente na supremacia do interesse público sobre os interesses privados.

Entretanto, em situações especialíssimas, tais como aquelas necessárias para preservação da vida humana, a medida liminar deve ser deferida, mesmo contra a Fazenda Pública.

A Constituição Federal garante os direitos à efetividade e à tempestividade da tutela jurisdicional. O acesso à justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, significa não apenas a possibilidade de o jurisdicionado buscar o Judiciário, mas também o direito à tutela jurisdicional efetiva, seja contra o particular, seja contra o Estado. Entendimento contrário feriria o princípio da isonomia, com tratamento privilegiado e injustificável para a Fazenda.

A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública é possível nas hipóteses em que não incidam as vedações previstas na Lei nº 9.494/1997, quais sejam demandas sobre reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vantagens pecuniárias de servidor público ou concessão de pagamento de vencimentos.

Essas vedações da Lei nº 9.494/1997, portanto, devem ser interpretadas restritivamente. Assim, desde que preenchidos os requisitos autorizadores de sua concessão, e em situações especiais – tais como

as que versem sobre direitos fundamentais, nas quais reste evidente o estado de periclitacão e de necessidade, bem como a exigência da preservação da vida humana –, é admissível a antecipação dos efeitos da tutela em desfavor da Fazenda Pública<sup>8</sup>.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4 foi julgada procedente, por maioria, pelo STF, em decisão publicada no DJe de 15/10/2008, tendo sido considerada constitucional a limitação à concessão de tutela antecipada em desfavor da Fazenda Pública. Entretanto, essa decisão do Supremo deve ser observada com temperamentos. Em situações nas quais estiverem sendo discutidos direitos fundamentais – inclusive nas relações de consumo –, é de se admitir, em tese, a concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

#### ■ 5.4. ASTREINTES

O *caput* do art. 84 do CDC deixa claro que o que importa é o resultado prático tutelado pelo Direito. E, para obtenção desse resultado, o juiz deve determinar todas as providências e medidas legais que estiverem ao seu alcance. A conversão da obrigação em perdas e danos é medida que somente deve ocorrer em último caso, quando for impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

A multa diária – *astreintes* –, nesse aspecto, funciona como importante instrumento tanto sob o aspecto coercitivo – para forçar o cumprimento espontâneo da decisão judicial (art. 84, § 4º, do CDC) – como sancionatório, já que impõe pena pecuniária àquele que desrespeita a ordem judicial.

8. REsp 311.391-PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJe 21/08/2009; AgRg no REsp 572.795-SC, Rel. Min. Celso Limongi, Sexta Turma, DJe 11/05/2009; REsp 409.172-RS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T., DJ de 29/04/2002.

As *astreintes* também estão previstas no CPC, art. 461, § 4º, e na LACP, art. 11. São cabíveis, portanto, nas ações individuais e coletivas versando sobre relações de consumo.

Pode o juiz, por exemplo, determinar que o réu abstenha-se de veicular propaganda abusiva em seus anúncios, sob pena de multa diária no caso de descumprimento.

Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, em esclarecedor texto sobre as *astreintes*, assim se manifestam:

Tratam-se das *astreintes*, concebidas como mecanismos de reforço do caráter coercitivo pretendido pelas ações mandamentais, como a prevista no art. 84. Não se trata, por certo, de sanção com caráter reparatório, ainda que reverta ao final para o patrimônio do consumidor-credor da obrigação descumprida. Sua finalidade, entretanto, é diversa. Trata-se de medida acessória ao mandamento judicial relativo ao cumprimento específico de que o consumidor é credor e, neste sentido, tem sua função vinculada à efetividade do comando judicial, não integrando, necessariamente, o direito patrimonial do consumidor-credor.

A multa prevista no § 4º do art. 84, a exemplo do que posteriormente veio a ser introduzido pelo art. 461 do CPC, apresenta, então, uma dupla feição: coercitiva – de modo a pressionar o cumprimento (ou desestimular o descumprimento) da ordem judicial –, e sancionatória, como espécie típica de pena pecuniária<sup>9</sup>.

Em sua decisão o juiz pode fixar *astreintes* (multa diária) bem como estabelecer outras medidas, aplicando os arts. 461 e 461-A do CPC, dispositivos esses que estão em plena sintonia com o art. 84, § 5º, do CDC, cujo rol de medidas é exemplificativo, portanto admitindo-se outras pertinentes para garantir a efetividade do comando jurisdicional.

9. Op. cit., p. 1023.

Apesar de o *caput* do art. 84 do CDC fazer referência apenas às providências atinentes ao *fazer e não fazer*, também é cabível a substituição do bem, que em sede de execução ocorreria por meio de ordem de entrega da coisa ou de busca e apreensão. A ausência dessas referências no art. 84 do CDC não significa que não possam ser aplicadas pelo magistrado com base no art. 461-A do CPC, especialmente tendo em vista a importância de que a decisão judicial seja efetiva<sup>10</sup>.

As *astreintes* (art. 84, § 4º, do CDC) podem ser aplicadas de ofício, ou seja, independentemente de pedido da parte nesse sentido. Trata-se de medida de reforço, para tornar a decisão mais eficaz, sendo fixada em valores que façam com que seu descumprimento não seja compensador.

O propósito da multa não é enriquecer o autor; o juiz, inclusive, para evitar que o processo se transforme em meio de enriquecimento, pode determinar um limite de tempo para incidência da multa. Em suma, o objetivo maior é fazer com que o réu respeite o mais urgentemente a decisão judicial.

## ■ 5.5. SENTENÇA

Tanto na ação individual como na ACP a sentença poderá assumir as eficácias declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva *lato sensu*. Essa amplitude em termos de eficácia das decisões judiciais está em sintonia com a defesa dos direitos do consumidor, os quais, enquanto interesses metaindividuais, e categorizados como bens protegidos por normas de ordem pública (art. 1º do CDC), são tuteláveis por todas as modalidades de ações (art. 93 do CDC).

10. Nesse sentido vale conferir a explanação de Luiz Guilherme Marinoni. In: A tutela específica do consumidor, *Revista cit.*, p. 105.

Na ACP a sentença poderá ser atacada por meio do recurso de apelação. Se julgado procedente o pedido, tal recurso será recebido apenas no efeito devolutivo, nos termos do art. 14 da LACP, sendo possível ao réu formular pedido de agregação de efeito suspensivo ao juízo “a quo”, não sendo vedada sua concessão também pelo juízo “ad quem”, conforme o art. 558, parágrafo único, do CPC.

Entretanto, se julgado improcedente o pedido, de acordo com Luiz Manoel Gomes Junior, “o recurso de apelação deve ser recebido em seu duplo efeito, já que as normas protetivas do Código do Consumidor não podem ser utilizadas contra o próprio consumidor”<sup>11</sup>.

## ■ 5.6. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA E LIQUIDAÇÃO

Considerando-se que a sentença prolatada na ACP poderá conter mais de um capítulo, é possível, portanto, que a fase de cumprimento dessa decisão tenha regimes diferenciados.

Conforme José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo, quando o comando judicial for executivo e mandamental, tal como determinação de cessação da atividade nociva por meio da lacração e fechamento da empresa, não haverá fase posterior de exaurimento da tutela jurisdicional. Entretanto, eventuais verbas estabelecidas a título de reparação precisarão ser executadas nos termos previstos pelo art. 475-J do CDC, podendo ainda depender de futura liquidação<sup>12</sup>.

Os interesses difusos e coletivos jamais se individualizam, por ser de sua essência a indivisibilidade, o que impõe sempre a execução

11. Luiz Manoel Gomes Junior. Código do Consumidor e o sistema recursal. In: *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*, coord. Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni; orientação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 221.

12. Op. cit., p. 375.

coletiva iniciada pelas entidades indicadas no art. 82 do CDC, salvo outros legitimados.

Em relação aos interesses individuais homogêneos, divisíveis por natureza, são tratados coletivamente sob o prisma processual por razões de política judiciária, sendo inegável a legitimidade ativa das vítimas para a liquidação e execução, além dos entes legitimados.

O autor da ação civil pública deverá promover a execução no prazo de até 60 (sessenta) dias contados do trânsito em julgado da sentença. E caso o autor se omita na promoção da execução, deve o MP ingressar com esse pedido, nos termos do art. 15 da LACP, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

Em relação ao cumprimento de sentença condenatória relativa a direitos individuais homogêneos, caberá a execução aos consumidores titulares do direito, sendo certo que, em muitas situações, ainda dependerão de prévia liquidação. E caso esses consumidores não promovam a execução no prazo de 1 (um) ano, poderão os legitimados do art. 82 requerer o cumprimento da sentença, sendo as verbas revertidas para o fundo gestor competente, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC.

Nos termos do art. 98 do CDC, a liquidação pode ser coletiva, porém sempre considerando as liquidações individualizadas.

Nas palavras de Cláudia Lima Marques, Bruno Miragem e Antônio Herman V. Benjamin:

O art. 98 do CDC prevê duas espécies de execução das sentenças decorrentes das ações coletivas que refere. A execução individual, interposta diretamente pelo interessado, seja ele vítima ou seu sucessor, na qual lhe incumbe a prova do interesse (titularidade do direito lesado conforme reconhecido na sentença de mérito), e os prejuízos que efetivamente sofreu. Já a execução coletiva, promovida pelos legitimados pelo art. 82 do CDC, tem lugar quando já houver sido fixado o valor da indenização

devida em sentença de liquidação, não tendo, entretanto, sido promovida a respectiva execução desta<sup>13</sup>.

Existem danos que somente são representativos sob o prisma coletivo. Por essa razão é que o art. 100 do CDC prevê que, em não havendo, no prazo de um ano, interessados habilitados em número compatível com a gravidade do dano, a liquidação e execução poderá ser feita pelos legitimados para a propositura da ação. Essa medida é bastante útil, pois evita que o réu-fornecedor escape sem ter de reparar os danos causados, bem como viabiliza a arrecadação e destinação do produto para o Fundo de Direitos Difusos (FDD), criado pela Lei nº 7.347/1985, e regulamentado pelo Decreto nº 1.306/1994 e pela Lei nº 9.008/1995.

A Terceira Turma do STJ, nos autos do REsp 880.385-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 02/09/2008, DJe de 16/09/2008, em sede de ação civil pública movida pelo IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor em face de instituição financeira com o propósito de recuperação das quantias devidas em razão de determinado plano econômico, decidiu que, após a sentença, se constatado que o valor atribuído a cada consumidor-vítima é ínfimo de forma a não justificar o ônus econômico que envolve a liquidação e execução, há que se admitir a execução coletiva baseada na representação processual como única forma idônea de pulverizar tal custo, em harmonia com as diretrizes que orientam o processo coletivo.

Em relação à competência, a execução segue no juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de tratar-se de execução individual. E, na execução coletiva, é competente o juízo da ação condenatória (cf. art. 98, § 2º, I e II, do CPC).

13. Op. cit., p. 1095.

O art. 99 do CDC retrata opção do legislador de dar preferência ao pagamento das indenizações individuais, satisfazendo-as antes de destinar recursos ao Fundo criado para arrecadar e organizar as indenizações concedidas em sede de dano coletivo. O parágrafo único desse dispositivo confirma essa preferência, sustando o recolhimento de recursos ao Fundo até que sejam satisfeitas as indenizações individuais. Essa sustação apenas é excepcionada quando o patrimônio do devedor for “manifestamente suficiente para responder pela integridade das dívidas”, ou seja, quando não houver riscos de que sejam satisfeitas as indenizações individuais.

#### ■ 5.7. LEGITIMIDADE ATIVA

A alta conflituosidade da sociedade moderna exige meios eficazes de solução. As inevitáveis turbulências sociais dos enormes contingentes de consumidores precisam ser absorvidas pela Justiça. Neste contexto é que as ações coletivas têm trazido grandes conquistas para os consumidores. Por meio delas permite-se um acesso à justiça mais célere e mais fortalecido.

Nas *class actions* do direito norte-americano, o juiz avalia, no caso concreto, a legitimidade ativa (*defining function*) tendo como referência a idoneidade (*adequacy of representation*) daquele que se apresenta como representante credenciado (*ideological plaintiff*) de determinado direito individual, nos termos da regra 23 do *Federal Rules of Civil Procedure*.

O sistema brasileiro é diferente, pois já estatui previamente quais são os legitimados para propositura das ações coletivas. Esse rol de pessoas consta do art. 82 do CDC, abaixo transcrito:

*Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:*

I – o Ministério Público,

II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º (Vetado).

§ 3º (Vetado).

(...)

As massas sociais, hoje, estão mais organizadas e institucionalizadas, e, para acomodá-las, a Justiça precisa estar preparada. Conforme Teresa Arruda Alvim Wambier, “o art. 82 do CDC é talvez uma das mais nítidas consequências e sintomas de ter o CDC partido de uma realidade, por esta lei assimilada e regulada, de massas. Massas, porém, organizadas e reivindicantes”<sup>14</sup>.

Quanto à natureza jurídica da legitimidade de agir nas ações civis públicas, muito se discutiu na doutrina se seria o caso de legitimidade ordinária ou extraordinária, ou mesmo uma espécie *sui generis*.

O sistema de legitimação ativa, previsto no Código de Defesa do Consumidor e na Lei da Ação Civil Pública, não se ajusta aos conceitos clássicos de legitimidade, que pressupõe coincidência entre a titularidade da relação jurídica de direito material posta em juízo (*legitimatio*

14. Noções gerais sobre o processo no Código do Consumidor, p. 252-253.

*ad processum*) e a titularidade da relação jurídica de direito processual (*legitimatio ad causam*).

A legitimação ordinária, como regra geral do Código de Processo Civil, conforme seu art. 6º, ocorre quando alguém postula, judicialmente, direito próprio em nome próprio. Diferentemente, na legitimação extraordinária alguém requer, em nome próprio, direito alheio. É o que ocorre com os legitimados do art. 82 do CDC.

Segundo a teoria “progressista”, os direitos metaindividuais seriam defensáveis por força de legitimação extraordinária (substituição processual)<sup>15</sup>. Para os seguidores dessa corrente era possível tutelar jurisdicionalmente esses direitos independentemente da existência de autorização legal, inferindo-se tal permissão do ordenamento jurídico enquanto sistema.

Para a segunda teoria<sup>16</sup>, a legitimidade seria ordinária, decorrendo de interpretação aberta do art. 6º do CPC.

Posteriormente Nelson Nery Junior apresentou uma terceira teoria, defendendo haver uma *legitimação autônoma para a condução do processo*, no que tange aos direitos difusos e coletivos, superando-se a polarização entre as legitimidades ordinária e extraordinária e desligando-se a legitimidade processual da titularidade do direito material. Assim se manifesta o referido jurista:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não

15. Barbosa Moreira, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: *Temas de direito processual*, primeira série, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 111; e A legitimidade para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. In: *Temas de direito processual*, terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 33.

16. Kazuo Watanabe. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: *A tutela dos interesses difusos*, Ada P. Grinover *et al.* São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85-97.



individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos “prejudicados pela poluição”, pelos “consumidores de energia elétrica”, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (...): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo<sup>17</sup>.

E igualmente para Nelson Nery Junior, em relação aos interesses individuais homogêneos, a legitimação seria extraordinária, tratando-se de substituição processual, uma vez que a lei legitimou outrem para a defesa em juízo, em nome próprio, de direito alheio, cujos titulares são identificáveis e individualizáveis, aplicando-se o art. 6º do CPC.<sup>18</sup> Filiamo-nos aos posicionamentos estabelecidos pelo referido processualista.

Conforme Teresa Arruda Alvim:

(...) a regra, quando se fala em interesses supraindividuais é a de que haja justamente certa dissociação entre os antigos conceitos de legitimidade *ad causam* e *ad processum*. Assim, se de acordo com o sistema individualista do CPC, tinha legitimidade para figurar no processo (*legitimatío ad processum*) exata e precisamente aquele de quem era a legitimidade *ad causam*, justamente por isso, agora, no sistema das ações supraindividuais não ocorre isso<sup>19</sup>.

Antes da LACP, diante da ausência de disposição legal expressa, havia discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre quem seriam os

17. Nelson Nery Junior; Rosa Maria Andrade Nery. op. cit., p. 1866, nota 4.

18. Idem, p. 1866, nota 5.

19. Teresa Arruda Alvim, Apontamentos sobre as ações coletivas, São Paulo. *Repro*, v. 19, jul-set. 1994, p. 278.

legitimados para defender os direitos metaindividuais em juízo, bem como se efetivamente havia alguém legitimado para tanto.

Esses debates a respeito da exata caracterização da legitimidade, entretanto, perderam parte de sua intensidade diante das redações do art. 5º da LACP e do art. 82 do CDC, os quais preveem expressamente os legitimados para propositura de ações civis públicas. Ademais, muitas vezes essas discussões existem porque consistem em tentativas de classificar e encaixar a sistemática de defesa dos direitos metaindividuais de acordo com os critérios do processo civil tradicional, que foi estruturado para tutelar conflitos intersubjetivos, e não coletivos.

A legitimidade prevista no art. 82 do CDC é *concorrente*, ou seja, todos os legitimados podem ingressar com a ACP. Essa permissão de pluralidade de pessoas no polo ativo está em sintonia com a efetividade da prestação da tutela jurisdicional ao consumidor.

A legitimidade em tela também se caracteriza como *disjuntiva*, no sentido de que nenhuma entidade precisa de autorização de outra para intentar uma ACP. Diferentemente da legitimidade *complexa*, em que é preciso haver mais de um colegitimado, na *disjuntiva* qualquer das entidades pode, sozinha, propor a ação coletiva, sendo desnecessários o litisconsórcio ativo e a autorização dos outros colegitimados.

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, comentando o art. 91 do CDC,

A legitimação ativa, concorrente e disjuntiva, é atribuída, pelo dispositivo em foco, aos entes e pessoas indicados no art. 82. Aqui se trata inquestionavelmente de legitimação extraordinária, a título de substituição processual. Não só porque assim o afirma o legislador, quando expressamente se refere ao litigar, *em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores*, mas ainda porque, na hipótese, os legitimados à ação não vão a juízo em defesa de seus interesses institucionais, como pode ocorrer nas ações em defesa de interesses difusos ou coletivos (...), mas sim exatamente para a proteção de direitos pessoais,

individualizados nas vítimas dos danos. Trata-se, portanto, de uma substituição processual, em que o substituto não pleiteia o direito concreto do substituído, mas, sim, o reconhecimento genérico de um direito que depois virá a ser, ou poderá vir a ser, individualmente exercido, no processo de liquidação, pelo interessado. Cabe lembrar que este tipo de ação coletiva visa à tutela de direitos *ou interesses acidentalmente coletivos*, que poderiam merecer – e continuam merecendo – proteção individual e pulverizada<sup>20</sup>.

São várias as razões que levaram o legislador a conferir essa legitimidade ativa diferenciada do sistema tradicional do CPC. Uma das principais, vale frisar, reside no intuito de evitar tanto a repetição de demandas individuais como o risco de decisões judiciais contraditórias, o que é desinteressante e inconveniente, pois o consumidor que, derrotado judicialmente, assiste à vitória do vizinho em ação “idêntica” à sua pode ter – compreensivelmente – dificuldades para entender seu insucesso.

#### ■ 5.7.1. Ministério Público

O Ministério Público é sujeito necessário nas ações civis públicas, devendo figurar como autor ou *custos legis*. Ou seja, se não atuar como autor, deve funcionar como fiscal da lei (cf. art. 92 do CDC, c/c arts. 83 e 84 do CPC).

A exigência de atuação obrigatória do MP, nos termos do art. 92 do CDC, tem fundamento no fato de que muitas vezes, nessas demandas coletivas, o autor pode sofrer pressões para desistir ou abandonar a causa, existindo inclusive o risco de colusão entre as partes. A obrigatoriedade de atuação do MP é solução que atende ao interesse público de que essas demandas coletivas sejam corretamente conduzidas.

20. Pellegrini Grinover, Ada et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 9. ed., p. 889.

Nos termos do art. 1º da LACP, com a atual redação dada pela Lei nº 10.257/2001, a ACP destina-se à tutela de interesses transindividuais referentes ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio cultural, às ordens urbanística e econômica, e a quaisquer outros interesses difusos e coletivos.

Apesar do silêncio da lei em relação aos interesses individuais homogêneos, esse art. 1º da LACP foi complementado pelo art. 21, o qual prevê a integração entre a LACP e o CDC, de forma a possibilitar a tutela dos direitos individuais homogêneos em sede de ACP.

Entretanto, poder-se-ia entender que essa extensão de tutela aos direitos individuais homogêneos extravasaria do quanto prescrito no art. 129, III, da CF/1988, o qual legitima o Ministério Público para intentar Ação Civil Pública apenas para a proteção de interesses difusos e coletivos.

Essa ausência de menção expressa aos direitos individuais homogêneos, no art. 129, inciso III, da CF, fez com que surgissem debates a respeito da efetiva legitimidade do MP para defesa desses interesses, tendo prevalecido o entendimento de que o MP possui tal legitimidade, mas desde que os direitos sejam indisponíveis ou tenham relevância social.

Analisemos esse tema mais detalhadamente, transcrevendo os dispositivos constitucionais pertinentes:

*Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*

*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:*

(...)

*III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;*

(...)

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

(...)

Após a entrada em vigor do CDC, algumas decisões judiciais direcionaram-se pela ilegitimidade do MP para defesa dos direitos individuais homogêneos, fundamentadas (a) na ausência de menção expressa a esses direitos no art. 129, inciso III, da CF, (b) na circunstância de os direitos em análise serem disponíveis – e o MP, de acordo com o art. 127 da CF, é vocacionado à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis – e (c) no fato de que a admissão da legitimidade do MP significaria retirar a liberdade de escolha do cidadão em ter um direito reconhecido sem sua manifestação de vontade.

Desses pontos é que deriva a controvérsia, doutrinária e jurisprudencial, em torno da legitimidade do Ministério Público para a defesa, em sede de ação civil pública, de interesses individuais homogêneos relacionados a grupos de consumidores.

Sobre o assunto existem as seguintes posições<sup>21</sup>:

- a) o MP está legitimado apenas para a tutela dos direitos difusos e coletivos, nos termos do art. 129, inciso III, da CF/1988, sendo inconstitucional o dispositivo que ampliar essa legitimidade;
- b) nos termos do art. 127, *caput*, da CF, a tutela dos interesses individuais homogêneos por meio da ACP, desde que indisponíveis, enquadra-se como atribuição institucional do MP;

21. Essas posições são demonstradas com bastante clareza pelo Min. Jorge Scartezini, em seu voto-vista nos autos do Recurso Especial nº 198.223-MG, julgado pela Quarta Turma do STJ, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 27/06/2005.

- c) conjugando-se o art. 129, inciso IX, da CF/1988, com o art. 21 da LACP, e com os arts. 81 e 82 do CDC, é admissível a plena legitimidade do MP para promoção da ACP visando à tutela dos direitos difusos, coletivos e interesses individuais homogêneos, sejam estes disponíveis ou indisponíveis, vez que a relevância social determinante da tutela coletiva de direitos individuais homogêneos – ainda que disponíveis – seria presumida tendo em vista o perfil traçado pela CF para o MP;
- d) o MP é parte legítima para pleitear a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, sejam estes disponíveis ou indisponíveis, diante da interpretação sistemática dos dispositivos pertinentes da CF, da LACP e do CDC; entretanto, no que tange aos interesses individuais homogêneos, esses devem ser socialmente relevantes, de modo flagrante e indiscutível, de forma que a tutela coletiva seja determinante.

Em nosso entendimento não há incompatibilidade entre a regra constante do CDC – art. 82, inciso I, c/c o art. 81, parágrafo único, inciso III – e o art. 127 da CF.

O art. 129, inciso IX, da CF permite ao MP “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*”, valendo observar o disposto no art. 127, *caput*, da CF/1988, segundo o qual incumbe ao MP “*a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.*”

A circunstância de o art. 129, inciso III, da CF não se referir expressamente à defesa dos interesses individuais indisponíveis não impede que o legislador ordinário confira legitimação ao MP para agir em defesa de direitos que, embora disponíveis, sejam suficientemente abrangentes ou socialmente relevantes.

A indisponibilidade a que se refere o art. 127, *caput*, da CF, significa que o MP não pode substituir a intenção volitiva do indivíduo no que tange aos direitos dos quais se tenha a disponibilidade.

Todavia, nas situações em que se discutam direitos individuais homogêneos de grupos pequenos de consumidores, restritos e sem relevância social, a intervenção do MP em princípio não se justifica, sob pena de configurar-se invasão do Ministério Público no exercício da advocacia.

Na medida em que a lei não define quando os direitos individuais homogêneos podem ser tidos como “socialmente relevantes”, cabe ao Judiciário essa função. Nesse sentido, importante papel tem desempenhado o STJ, inclusive para evitar que a legislação protetiva do CDC seja aplicada de forma indiscriminada, exagerada e desvirtuada de seus verdadeiros propósitos, em ofensa inclusive à esfera de disponibilidade e autonomia das partes em relação aos seus direitos.

É diante da casuística que os magistrados terão condições de observar se os casos apresentam a relevância social necessária, apta a legitimar o MP para promoção da tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos e disponíveis. Pode-se dizer que são socialmente relevantes os seguintes bens jurídicos: educação, cláusulas de seguro constantes de contrato de adesão, direitos atinentes às perdas decorrentes de planos econômicos etc.

Nas palavras de Ana Maria Scartezzini<sup>22</sup>:

(...). A preocupação maior deve ser a de interpretar restritivamente tal possibilidade, a ponto de não comprometer o próprio direito ou interesse individual. Se o interesse está ligado a um dever estatal, ou a um valor expressamente consagrado no texto constitucional, poderá implicar na possibilidade e conveniência de defesa do grupo, o que

22. Ação Civil Pública, In: *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*, Arnaldo Wald (Coord.), São Paulo: Saraiva, 2003, p. 23-24.

evidentemente incoorre se o interesse é meramente patrimonial; nesta hipótese, descabe a ação civil pública e não se legitima o Ministério Público ou qualquer outra entidade para sua defesa em juízo, exceto o próprio interessado ou quem por ele autorizado, sob pena de ofensa ao art. 133 da Constituição Federal.

A Quarta Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial nº 198.223-MG, em acórdão publicado no DJ de 27/06/2005, decidiu que o Ministério Público, ao fundamento de estar a defender interesses individuais homogêneos de consumidores, não tem legitimidade para promover ação civil pública contra a empresa construtora recorrida, inadimplente nos contratos de promessa de compra e venda firmados com pequeno grupo de adquirentes do edifício de apartamentos em questão. A decisão ressalta a boa intenção do *parquet*, todavia alertando que a atuação ministerial invadia a seara destinada à advocacia.

Por sua vez, a Segunda Turma do STJ, em julgamento prolatado nos autos do Recurso Especial nº 783.195-SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, publicado no DJe de 28/09/2009, entendeu que na ação civil pública referente à execução de parcelamento de solo urbano com alienação de lotes irregulares, sem aprovação dos órgãos públicos competentes, o MP é parte legítima para postular indenização em favor dos adquirentes de tais lotes, pelas seguintes razões: a) em virtude da prerrogativa conferida pelos arts. 1º, inciso VI, e 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/1985; b) esses direitos individuais homogêneos transbordam o mero caráter puramente patrimonial, quais sejam a moradia, a saúde e o saneamento básico dos adquirentes, além de valores estéticos, ambientes e paisagísticos do Município, configurando-se a relação de consumo, nos termos dos arts. 81, parágrafo único, inciso III, e 82, inciso I, do CDC.

De acordo com Kazuo Watanabe, “Somente a *relevância social* do bem jurídico tutelando ou da própria tutela coletiva poderá justificar a

legitimação do Ministério Público para a propositura da ação coletiva em defesa de interesses privados disponíveis<sup>23</sup>.

Não prospera o argumento de que a atribuição de legitimidade ao MP estaria a significar imposição, aos consumidores titulares desses direitos individuais homogêneos, do reconhecimento de um direito que talvez não lhes interesse. É que a sentença condenatória terá condições apenas de reconhecer o dano – genérico – e o conseqüente dever de indenizar, sendo que cada consumidor individual é que terá de habilitar-se na liquidação da sentença, provando seu dano enfrentado, o nexo de causalidade, e a quantia indenizatória pretendida. Ou seja, poderá o consumidor não se habilitar, daí percebendo-se que tem, sim, liberdade para fruir ou não do direito que lhe foi reconhecido.

Dessa forma, o MP tem legitimidade para ajuizar ações visando à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, devendo estes últimos ter relevância social de forma que a tutela coletiva seja determinante. Essa legitimidade está em harmonia com o disposto no art. 129, inciso IX, da CF, que possibilita à lei atribuir outras funções ao MP compatíveis com sua finalidade, sendo a defesa dos direitos do consumidor tema social, conforme disposto no art. 1º do CDC, em consonância com a proteção autorizada pelo art. 127, *caput*, da CF.

O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o MP tem legitimidade para propor ação civil pública nas seguintes situações:

a) em ação coletiva de proteção ao consumidor visando (i) declaração de nulidade de cláusula contratual (juros mensais); (ii) condenação ao pagamento de indenização aos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; e (iii) condenação à obrigação de não mais inserir nos contratos futuros a referida cláusula. No caso,

23. Pellegrini Grinover, Ada et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 9. ed., p. 837.

tratava-se de grupo de adquirentes da casa própria, que ostentavam a condição das chamadas classes média e média baixa (REsp 141.491-SC, Corte Especial, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ de 01/08/2000);

b) para proteção dos consumidores de eventual propaganda enganosa, alegando o não cumprimento das exigências legais ou a própria falta de amparo legal para sorteios televisivos por meio da linha telefônica 0900 (REsp 332.331-SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, DJ de 19/12/2002);

c) para combater a alteração de contratos das TVs por assinatura, uma vez que existente o direito individual homogêneo entre aqueles assinantes (REsp 308.486-MG, 3ª T., Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 02/09/2002);

d) para defender os consumidores de serviço de saúde prejudicados pela majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde (REsp 177.965-PR, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 29/11/1999; REsp 178.430-MA, 1ª T., Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 13/10/1998; REsp 286.732-RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, DJ de 12/11/2001).

No sentido da ilegitimidade do MP para propositura da ação civil pública, assim já decidiu o STJ:

a) em ação civil pública na defesa de direitos do consumidor que defluem do contrato de arrendamento mercantil, atrelados os reajustes à variação cambial do dólar americano (REsp 267.499-SC, 3ª T., Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 08/04/2002);

b) em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando obrigar o INSS a aceitar pedidos de aposentadoria especial, sem a exigência do requisito do limite de idade. Entendeu-se que os beneficiários da Previdência Social de tais aposentadorias não estão enquadrados na definição de consumidores, *ex vi* art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 8.090/1990 (CDC). Assim, o direito pleiteado, embora invocado por um grupo de pessoas, não atinge a coletividade como

um todo, nem contém aspecto de interesse social, o que torna inaplicável o art. 21 da Lei nº 7.347/1985. Tratando-se de direito individual disponível que os titulares podem dele dispor, o Ministério Público não tem legitimidade *ad causam* para propor a ação pública (art. 6º da LC n. 75/1993). (REsp 143.092-PE, 5ª T., Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 18/06/2001);

c) em ação civil pública, objetivando sustar a cobrança da Taxa de Iluminação Pública, uma vez que a relação jurídica estabelecida é entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não sendo este último caracterizado como consumidor. (EREsp 181.892-MG, 1ª Seção, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 08/05/2000)

Sobre o tema, o STF editou a Súmula 643, nos seguintes termos<sup>24</sup>: “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajustes escolares”.

## 5.7.2. Associações civis

### 5.7.2.1. Observações gerais

O art. 82, inciso IV, do CDC confere às associações legitimidade para atuar, em juízo, na defesa coletiva dos direitos e interesses dos consumidores. A legitimação das associações para a propositura de ações coletivas representa um efetivo estímulo para que os consumidores se organizem e unam esforços com vistas à proteção de seus direitos.

A referência feita às *associações*, constante do art. 82, inciso IV, do CDC, abrange os sindicatos, cooperativas e demais formas associativas (art. 174, § 2º, da CF).

24. Fonte de Publicação: DJ de 09/10/2003, p. 2; DJ de 10/10/2003, p. 2; DJ de 13/10/2003, p. 2; precedentes: RE 190976; RE 185360; RE 163231.

As associações constituem importante instrumento para que a sociedade civil participe e aperfeiçoe as relações de consumo (art. 4º, inciso II, *b*, do CDC). Merece transcrição a seguinte observação de Kazuo Watanabe:

(...) Os consumidores não poderão confiar apenas no paternalismo do Estado. É necessário que a própria sociedade civil se estruture melhor e participe ativamente da defesa dos interesses de seus membros, fazendo com que a nova mentalidade que disso resulte, pela formação de uma sociedade mais solidária (art. 3º, I, CF), seja a grande protetora de todos os consumidores<sup>25</sup>.

A Constituição Federal também valoriza a criação de associações (art. 5º, inciso XVII, XVIII, XIX, XX e XXI, e art. 174, § 2º).

A legitimação ativa das associações é resultado do destaque crescente do papel das entidades não governamentais do terceiro setor na defesa dos interesses dos consumidores.

Nos termos do art. 87 do CDC, a associação autora de ação civil pública está isenta do recolhimento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas processuais, salvo nos casos de má-fé comprovada, hipótese em que a associação autora e os seus diretores responsáveis serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Essa isenção destina-se a facilitar a propositura das ações coletivas, aproximando o jurisdicionado do Poder Judiciário.

### 5.7.2.2. Requisitos

Para que possam promover as ações civis públicas, essas associações devem respeitar dois requisitos, quais sejam, (a) constituir a

25. Pellegrini Grinover, Ada *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto, 9. ed., p. 841.

defesa dos direitos de seus consumidores associados como finalidade institucional, bem como (b) estarem constituídas há mais de um ano. Essas exigências constam do art. 82, inciso IV, do CDC.

O primeiro requisito justifica-se para que exista nexos e coerência entre os pleitos jurisdicionais e os benefícios desejados para a coletividade que se pretenda proteger. Não há necessidade de autorização especial dos associados, bastando constar do estatuto<sup>26</sup>.

O segundo requisito é exigência legal que visa evitar a criação de associações destinadas a beneficiarem-se da legitimidade atribuída pela lei para promover ações coletivas infundadas, no intuito de captar clientes e de pressionar os fornecedores a aceitarem acordos pecuniários, ou mesmo por razões políticas.

Esse prazo de um ano é tempo suficientemente razoável para que a associação amadureça e possa representar adequadamente seus associados.

Entretanto, esse interregno de um ano pode ser dispensado nas hipóteses do art. 82, § 1º, do CDC. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, o juiz, para dispensar a exigência do art. 82, inciso IV, do CDC, seguirá os critérios do parágrafo primeiro desse citado dispositivo, investigando a representatividade da autora no caso concreto, e aferindo, “em face das características peculiares àquela agremiação, em especial a sua composição, credibilidade, seriedade e capacidade, se está ela apta a representar e defender manifesto interesse social, impedir significativo dano e proteger relevante bem jurídico”<sup>27</sup>.

Por exemplo, pode-se dispensar o atendimento a esse requisito de um ano no caso de associações destinadas a tutelar os direitos metaindividuais dos sucessores das vítimas de acidentes com aviões.

26. STJ, AgRg no REsp 506.692-RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16/11/2004.

27. *Direitos do Consumidor*, p. 151.

A Quarta Turma do STJ, em ação movida pela Associação de Defesa da Saúde do Fumante – ADESFE contra companhia fabricante de cigarros, entendendo presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, decidiu por dispensar esse requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora. (REsp 140.097-SP, 4ª T., Rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 12/02/2001)

O Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América insere como requisito da demanda coletiva a “representatividade adequada” do ente legitimado, tal como expressamente previsto nas *class actions* norte-americanas (“*adequacy of representation*”). E para análise dessa representatividade adequada, nos termos do art. 2º, § 2º, do referido anteprojeto, o juiz deve analisar:

- a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;
- b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;
- c) sua conduta em outros processos coletivos;
- d) sua capacidade financeira para a condução do processo coletivo;
- e) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;
- f) o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Esses critérios, a nosso ver, ainda que não estejam expressamente positivados, estão em harmonia com o sistema legislativo processual de tutela dos direitos metaindividuais, constituindo, desse modo, parâmetros apropriados para avaliação da legitimidade da associação autora.

### 5.7.2.3. Associados e não associados

Dúvida surge quanto ao fato de as associações estarem legitimadas para defenderem direitos que extravasem os de seus associados. Respondendo a essa questão assim leciona Hugo Nigro Mazzilli<sup>28</sup>:

Pode uma associação defender interesses transindividuais que ultrapassem os de seus próprios associados? Em tese, a resposta também é positiva. Quando uma associação civil se ponha a litigar em defesa de interesses *difusos ou coletivos*, tem-se reconhecido facilmente possa buscar um proveito que favoreça todo o grupo lesado, ainda que acabem sendo beneficiadas pessoas que dela não sejam associadas. Isso é até mesmo inevitável, dada a característica indivisível dos interesses difusos e coletivos. Assim, se uma associação de defesa do meio ambiente ou de defesa do consumidor ajuíza uma ação civil pública ou coletiva para zelar pela qualidade do ar que respiramos, ou para combater uma propaganda enganosa divulgada pela televisão, está claro que eventual procedência beneficiará não apenas seus associados (interesses difusos). Da mesma forma, se uma associação civil de defesa dos moradores de um bairro pretende impedir o lançamento de poluentes numa represa que abasteça de água potável não só o próprio bairro, mas toda a cidade, é inegável que ela pode fazer um pedido que beneficie associados e não associados (interesses difusos). E, mesmo quando ajuíze uma ação coletiva com o escopo anular uma cláusula em contrato de adesão, pode estar a beneficiar outras pessoas que se encontram na mesma condição (interesses coletivos).

Em harmonia com o entendimento doutrinário exposto, assim se pronunciou o STJ:

Processo civil. Agravo no recurso especial. Embargos à execução. Caderneta de poupança. Apadeco. Ação civil pública. Impugnação específica. Inépcia. Prequestionamento. Legitimidade ativa. Súmula 83/STJ.

28. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 275.

É inepta a petição de agravo que não impugna, especificamente, os fundamentos da decisão agravada.

Inviável a análise do recurso especial quando o Tribunal de origem não debateu a matéria ventilada pelo recorrente.

A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes de consórcio, desistentes ou excluídos, sejam eles seus associados ou não. Precedentes. Agravo não provido. (AgRg no REsp 651.038-PR, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3ª T., DJ de 23/08/2004)

Portanto, as associações podem pleitear tutela jurisdicional de direitos individuais homogêneos e também dos difusos e coletivos. Nesses últimos, a indivisibilidade do objeto faz com que os eventuais benefícios auferidos pela decisão judicial atinjam não apenas os filiados, mas também terceiros (CF, art. 129, inciso III, § 1º).

Todavia, vale ressaltar que as associações somente podem ser concebidas para defender os interesses dos seus associados. Quanto aos direitos difusos e coletivos, sua defesa cabe ao Ministério Público.

### 5.7.2.4. Art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997

O art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 (introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001), assim prescreve:

*Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.*  
*Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.*



Nos termos do art. 90 do CDC, as normas do CPC e da LACP aplicam-se às ações previstas no CDC. Ademais, a LACP também estatui, em seu art. 21, que na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais aplicam-se, no que for cabível, os dispositivos do Título III do CDC. Dessa forma, as previsões contidas no art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 são inócuas, pois estão em dissonância com o sistema de tutela coletiva previsto no CDC e na LACP, especialmente em relação ao tratamento dispensado por esses diplomas no que tange à competência, aos efeitos da sentença e à coisa julgada.

As limitações previstas no art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 – abrangência da sentença civil apenas aos substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator; e exigência de que a petição inicial esteja instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços –, a nosso ver, não podem ser aplicadas nas ações civis públicas voltadas para a defesa dos direitos metaindividuais dos consumidores.

De acordo com Kazuo Watanabe<sup>29</sup>, é inconstitucional a exigência de que a petição inicial esteja obrigatoriamente instruída “com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e de indicação dos respectivos endereços”, pois trata-se de obstáculo para o acesso das associações à justiça, bem como um privilégio ao Estado-réu que não se coaduna com o princípio da igualdade processual, decorrente da isonomia constitucionalmente assegurada. Entende ainda o referido jurista que houve confusão entre a figura da representação – para a qual a CF

29. Pellegrini Grinover, Ada et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 9. ed., p. 843.

prevê a necessidade de autorização dos associados (art. 5º, inciso XXI) – e a legitimação para as ações coletivas.

Se a coletividade sequer pode ser identificada, não se pode exigir que as associações atendam a essa exigência de identificação.

O art. 5º da Lei nº 7.347/1985 autoriza expressamente a propositura de ação civil pública por “*associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*”.

O Código de Defesa do Consumidor também assegura a legitimidade dessas associações em seu art. 82, inciso IV, desde que “*constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear*”.

Desse modo, desde que atendidos os requisitos do CDC e da LACP, estão legitimadas as associações para promoverem ações coletivas na defesa dos interesses individuais homogêneos, sendo dispensáveis as restrições e formalidades exigidas pelo art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997<sup>30</sup>.

30. A jurisprudência do STJ assim se apresenta:

“A associação, entidade de classe ou entidade sindical, regularmente constituídas e em funcionamento, podem propor ação coletiva destinada à defesa dos direitos e interesses das categorias que representam, independentemente de autorização especial, bastando a constante no estatuto” (STJ, AgRg no REsp 506.692-RS, 1ª T., Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 16/11/2004). Nesse mesmo sentido: REsp 427.298-DF; 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 25/08/2003; AgRg nos EDcl no REsp 207.551-SP, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 18/02/2002; REsp 651.037-PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 13/09/2004; REsp 805.277-RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 08/10/2008.

“Para a comprovação da legitimidade ativa de credor-poupador que propõe ação de execução com lastro no título executivo judicial exarado na ação civil pública, despcienda se mostra a comprovação de vínculo com a associação proponente da ação ou a apresentação de relação nominal e de endereço dos associados. Precedentes” (AgRg no REsp 653.510-PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 13/12/2004). Nesse mesmo sentido: AgRg no REsp 651.118-PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 29/11/2004; AgRg no Ag 601.788-PR, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ de 22/11/2004

O CDC, em seu art. 82, inciso IV, dispensa expressamente a autorização assemblear. Na medida em que a associação inclui entre seus fins institucionais a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, daí já se pode concluir que já exista a mencionada autorização estatutária. Portanto, se a associação foi constituída com a finalidade institucional de promover a defesa dos interesses e direitos do consumidor, sua legitimação para agir independe de autorização assemblear.

O questionamento em torno da necessidade de autorização expressa dos consumidores tem base no fato de o art. 5º, inciso XXI, da CF dispor que “*as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente*”.

Todavia, em se tratando de defesa dos direitos dos consumidores, não há que se exigir tal autorização, a qual deriva naturalmente do fato de que a associação foi constituída para tal desiderato.

As limitações trazidas pelo art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997 consistem em obstáculos que afastam o consumidor do Judiciário, em dissonância com os propósitos do Estado Democrático de Direito de que os interesses metaindividuais sejam solucionados de forma coletiva.

### ■ 5.7.3. Defensoria, Estado e OAB

A controvérsia que existia em torno da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas foi solucionada com a edição da Lei nº 11.448/2007, a qual, por meio de seu art. 2º, deu nova redação ao inciso II do art. 5º da LACP, legitimando expressamente tal órgão para a propositura de ACP.

O STJ reconhece a legitimidade da Defensoria Pública para propositura de ACP em defesa dos consumidores<sup>31</sup>.

31. REsp 181.580-SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, DJ de 22/03/2004; REsp 555.111-RJ, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, DJ de 18/12/2006; REsp 912.849-RS, 1ª T., Rel. Min. José Delgado, DJ

Em relação ao Estado, legitimado para propositura de ações coletivas pelo art. 82, inciso II, do CDC, vale observar entendimento da Terceira Turma do STJ, que decidiu no sentido de que a Procuradoria de Assistência Judiciária do Estado de São Paulo tem legitimidade para propor ação civil pública em busca da indenização por danos materiais e morais decorrentes da explosão de estabelecimento dedicado à venda de fogos de artifícios e pólvora (art. 5º, inciso XXXII, da CF/1988 e art. 82 do CDC). A referida explosão resultou, além de vultosos prejuízos materiais, na lesão corporal e na morte de diversas pessoas que, em razão de sofrerem os efeitos danosos dos defeitos do produto ou serviço, são equiparadas aos consumidores, nos termos do art. 17 do CDC, mesmo não tendo participado diretamente da relação de consumo. (REsp 181.580-SP, Rel. Min. Castro Filho, j. 09/12/2003)

A Terceira Turma do STJ também decidiu que a Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon, por meio da Procuradoria-Geral do Estado, tem legitimidade ativa para propor ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos, dado que decorrentes de origem comum: a prática comercial abusiva de cobrança de taxa de administração e intermediação nos contratos de locação sob o título de taxas de contrato ou taxa de serviços, taxa para levantamento de cadastro e honorários advocatícios. (REsp 200.827-SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 09/12/2002).

O Conselho Federal da OAB também possui legitimidade para propor ação civil pública, nos termos do art. 54, inciso XIV, da Lei nº 8.906/1994.

de 28/04/2008.

## ■ 5.8. COISA JULGADA

### ■ 5.8.1. Observações iniciais

Nos termos do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

O Código de Processo Civil, por sua vez, no art. 467, dispõe que “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Coisa julgada material, conforme Nelson Nery Junior, “é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”<sup>32</sup>. E, para esse mesmo jurista, coisa julgada formal “é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida”<sup>33</sup>.

Em se tratando de ações coletivas, porém, a coisa julgada apresenta peculiaridades. Diferentemente do que ocorre nos litígios individuais, em que somente as partes são atingidas (art. 472 do CPC), nos litígios envolvendo direitos metaindividuais, nos quais existem coletividades envolvidas, é preciso que a coisa julgada se projete para fora dos autos, uma vez que os interesses carentes de tutela jurisdicional podem ser titularizados por grupos sociais ou até mesmo por toda a coletividade.

Essa projeção da coisa julgada está em sintonia com o princípio da economia processual, pois a solução coletiva do litígio evita a proliferação e multiplicação de processos individuais.

É de se considerar também que, para a defesa dos interesses metaindividuais, muitas vezes seria praticamente impossível a presença de

32. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, cit., p. 915, nota 1.

33. *Idem*, nota 2.

todos os consumidores no polo ativo da relação processual. Por essas razões, entre outras, é que a lei atribuiu legitimidade a certas pessoas, instituições, órgãos, para que representem adequadamente os titulares desses direitos metaindividuais (art. 82 do CDC), propiciando um efeito expansivo para a coisa julgada.

Para melhor compreensão em torno da coisa julgada nas ações coletivas envolvendo direitos do consumidor, abordaremos o tema de acordo com as categorias dos interesses metaindividuais, quais sejam, difusos, coletivos e individuais homogêneos.

#### ■ 5.8.1.1. Interesses difusos

Os direitos e interesses difusos, nos termos do art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC, são transindividuais (superam a individualidade da pessoa), de natureza indivisível (não é possível individualizar a quota de prejuízo de cada consumidor que tenha intervindo na relação de consumo), dos quais são titulares pessoas indeterminadas (impossível determinar quantos e quais foram os consumidores que intervieram na relação de consumo) e ligadas por circunstâncias de fato.

A publicidade abusiva veiculada pela imprensa e a colocação de produtos perigosos no mercado são exemplos de violações que podem ser cometidas perante direitos e interesses difusos, pois um número incalculável de consumidores pode ter sido afetado sem que exista, entre eles, uma relação base. Assim, os titulares dos interesses difusos são pessoas indetermináveis e indeterminadas, atingidas simultaneamente. Os direitos extrapolam o âmbito individual, ou seja, são titularizados por todas as pessoas lesadas. Daí deriva a metaindividualidade.

A indivisibilidade, em outras palavras, consiste no fato de que basta apenas uma ofensa para que todos os consumidores sejam atingidos (art. 37 e parágrafos, do CDC), da mesma maneira que eventual

tutela jurisdicional que faça cessar a publicidade enganosa beneficiária a todos os titulares.

A indivisibilidade pode ser explicada por meio da seguinte ideia, conforme Paulo Rogério Dal Pai Moraes: “resolvendo o problema de um, automaticamente é resolvido o problema de todos”<sup>34</sup>.

A publicidade enganosa atinge uma coletividade e lesa os direitos de inúmeras e indetermináveis pessoas. Nessa situação, a tutela jurisdicional concedida teria o condão de beneficiar todas as pessoas expostas aos conteúdos ilícitos publicados. Em outras palavras, não seria possível limitar-se a aplicabilidade da tutela jurisdicional aos moradores de determinado bairro, pois todos os consumidores atingidos, independentemente de morarem ou não em determinado bairro, são titulares do direito difuso à não veiculação de publicidade enganosa.

Esse exemplo da publicidade enganosa nos parece bem esclarecedor, pois o atendimento a determinada ordem judicial que ordene a suspensão dessa publicidade é suficiente para que a ilicitude seja solucionada, uma vez que ninguém mais teria acesso ao material da publicidade.

Outros exemplos: alimentos deteriorados, veículos com peças defeituosas etc. Nesses casos, igualmente a retirada dos alimentos e dos veículos do mercado faz com que toda a coletividade de consumidores esteja atendida. Os bens jurídicos protegidos – direito à informação adequada, proibição da publicidade enganosa etc. – são indivisíveis, ou seja, pertencem a todos os consumidores. Observemos que inexistem qualquer relação jurídica base entre os consumidores atingidos, os quais estão ligados apenas por circunstâncias de fato.

Em se tratando de interesses difusos, dispõe o art. 103, inciso I, do

34. Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, decorrentes de questões de massa, São Paulo, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 56, out.-dez. 2005, p. 160.

CDC, que, se for julgado procedente o pedido, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, e todos os consumidores se aproveitarão do resultado.

Se for julgado improcedente o pedido – e desde que a cognição tenha sido efetuada com base em quadro probatório suficiente –, nessa situação ficam impedidos os legitimados de propor nova ação coletiva com a mesma causa de pedir e pedido. Entretanto, as ações individuais podem ser movidas pelos consumidores, desde que estes não tenham participado da ação coletiva originária.

Se for julgado improcedente o pedido da ação coletiva e, na fundamentação da sentença, houver menção à insuficiência de provas, será possível a qualquer dos legitimados mover nova demanda coletiva, desta vez instruindo-se as provas necessárias. Nesse caso, em que o fundamento da improcedência tenha sido a insuficiência de provas, a decisão fará apenas coisa julgada formal. Conforme Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>35</sup>, o objetivo da lei é evitar a colusão entre as partes (CPC, art. 129), impedindo que a ação seja conduzida maliciosamente para a improcedência.

Nos termos do art. 103, § 1º, do CDC, o consumidor individual não é atingido pela coisa julgada da ação coletiva cujos pedidos tenham sido julgados improcedentes. Faz sentido, pois o consumidor que não participou do feito coletivo não pode sair prejudicado. Mas se forem julgados procedentes os pedidos da ação coletiva, aí sim o consumidor é beneficiado, mesmo não tendo participado da ação coletiva.

#### – 5.8.1.2. Interesses coletivos

Os direitos e interesses coletivos, conforme o art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC, são aqueles transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares grupo, categoria ou classe

35. *op. cit.*, p. 214.

de pessoas (determináveis) ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. São exemplos de direitos coletivos os interesses dos correntistas de determinada instituição financeira que reclamam de cláusulas contratuais abusivas, bem como os interesses dos contratantes de certo tipo de plano de saúde perante certa seguradora.

No que tange aos interesses coletivos, a coisa julgada opera-se *ultra partes*, ou seja, todos os consumidores que integram o grupo, categoria ou classe são beneficiados pela decisão judicial prolatada na ação coletiva.

Se for julgado improcedente o pedido, e com a devida análise das provas, a coisa julgada ocorre *ultra partes*, impedindo a propositura de outra ação coletiva, mas não das ações individuais. Entretanto, se a improcedência estiver baseada na deficiência do quadro-probatório, será possível a qualquer dos legitimados mover nova demanda coletiva, desta vez instruindo-se as provas necessárias.

Nos termos do art. 103, § 1º, do CDC, tal como ocorre em relação aos direitos difusos, o regime da coisa julgada atinente aos direitos coletivos dispõe no sentido de que o consumidor individual não é atingido pela coisa julgada da ação coletiva cujos pedidos tenham sido julgados improcedentes. Mas se tais pedidos forem julgados procedentes, aí sim todos os consumidores são beneficiados.

Por exemplo, se determinada empresa de seguro-saúde, em dissonância com a lei (art. 51, inciso IV, do CDC), estipular cláusula contratual abusiva de não cobertura para certos tipos de cirurgia, os interesses de todos os consumidores desse plano serão violados. Nesse caso, proposta ação civil pública para correção dessa ilegalidade, pode-se dizer que os efeitos da sentença atingirão todos os consumidores desse mencionado plano de saúde, ou seja, uma categoria de pessoas determinadas.

Mesmo que essa ação civil pública tenha sido proposta por uma específica associação de consumidores, os benefícios da decisão judicial favorável se aplicarão a todos os consumidores atingidos, pois é essa a interpretação que se deve dedicar à expressão “*ultra partes*”, do art. 103, inciso II, do CDC.

#### 5.8.1.3. Interesses individuais homogêneos

Os interesses ou direitos individuais homogêneos, nos termos do art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, são aqueles decorrentes de origem comum (em relação jurídica e em circunstância de fato). Esses direitos e interesses, na essência, são individuais puros e divisíveis (passíveis de ser atribuídos proporcionalmente a cada um dos consumidores, que podem ser identificados), mas, em virtude de circunstâncias de fato comuns a todos, se transformam em individuais homogêneos. O vínculo com a parte contrária é consequência da lesão causada a cada um dos consumidores.

Esses direitos, portanto, são coletivos não em sua essência, mas no modo como são exercidos e tutelados.

Pode-se exemplificar citando-se os interesses dos depositantes que não receberam seus respectivos créditos a que tinham direito em razão de planos econômicos.

A LACP, em seu art. 1º, inciso IV, previa a tutela apenas dos direitos difusos e coletivos. O CDC, por sua vez, sob inspiração das *class actions for damages* do direito norte-americano, definiu os direitos individuais homogêneos em seu art. 81, parágrafo único, inciso III, como sendo aqueles decorrentes de origem comum.

Os titulares dos direitos individuais homogêneos são pessoas determinadas, detentoras do direito de serem indenizadas em decorrência de um fato gerador. A sentença, prolatada em demanda coletiva,

reconhece a responsabilidade do réu e o conseqüente dever de indenizar (art. 95), permitindo aos consumidores o direito de habilitarem-se no processo, individualmente, para liquidarem a sentença, demonstrando que se enquadram como vítimas dos danos sofridos, e quantificando os respectivos valores.

A relação jurídica decorre de uma situação – contrato, fato, ato – de origem comum para os titulares dos interesses violados.

A “origem comum” a que se refere o inciso III do parágrafo único do art. 81 do CDC, de acordo com Kazuo Watanabe<sup>36</sup>, pode ser de fato ou de direito, bem como próxima ou remota. O referido doutrinador, exemplificando, cita uma queda de avião, com diversas vítimas, como causa próxima ou imediata; e um produto potencialmente nocivo à saúde, como causa remota ou mediata, cujas causas próximas podem ser as condições pessoais ou o uso inadequado do produto.

No caso de uma publicidade enganosa, que atinge pessoas indeterminadas, existe lesão a direitos ou interesses difusos. Todavia, para os consumidores que tiverem adquirido, em decorrência da publicidade, o produto oferecido, os prejuízos serão diferentes e individualizados, caracterizando-se, dessa maneira, a lesão aos direitos individuais homogêneos. O objeto é divisível, ou seja, os resultados do ilícito praticado são diferentes para cada consumidor lesado.

Em relação à coisa julgada nos processos coletivos que visam tutelar direitos individuais homogêneos, o art. 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor dispõe que a sentença fará coisa julgada “*erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81*”.

36. Pellegrini Grinover, Ada et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*, 9. ed., p. 825.

No caso de improcedência – por qualquer motivo, mesmo que por insuficiência de provas –, os efeitos da sentença alcançarão apenas as partes, restando ainda a ação individual aos interessados que não participaram como litisconsortes na demanda coletiva. Entretanto, se o consumidor individual fez uso da faculdade de ingresso como litisconsorte na ação coletiva, nesse caso é ele atingido pela improcedência, não podendo promover a ação individual.

#### 5.8.2. Litispendência da ação coletiva com a individual

A litispendência ocorre entre duas ações que tenham as mesmas partes, o mesmo pedido, e a mesma causa de pedir (tríplice identidade). Assim, não há litispendência entre as ações coletiva e individual, uma vez que distintas as partes e os objetos.

Entretanto, se antes da propositura da ação coletiva, ou mesmo durante sua tramitação, os consumidores lesados tiverem movido suas ações individuais, e, cientes da existência do processo coletivo, não tiverem requerido a suspensão dos feitos individuais no prazo previsto pelo art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, esses consumidores não poderão ser beneficiados com a coisa julgada material de eventual decisão favorável nos autos da ação civil pública.

Por outro lado, se tais consumidores tiverem requerido a suspensão dos feitos individuais, a coisa julgada apenas lhes aproveitará em caso de procedência na demanda coletiva. E na hipótese de improcedência desta, poderão os consumidores lesados prosseguir nas suas demandas individuais. Essa medida está em consonância com a economia processual e com a segurança jurídica, evitando decisões conflitantes.

A suspensão das ações individuais depende de requerimento do réu, na ação coletiva, para intimação dos consumidores que promovem

ações individuais a fim de que esses, em 30 dias, cientes da ação coletiva, tenham a possibilidade de optar por requerer a suspensão dos feitos individuais.

Para Rizzatto Nunes, se o consumidor permanecer litigando na ação individual e nesta o seu pedido for julgado improcedente, mas o pedido na ação coletiva for acolhido, o consumidor receberia os benefícios dessa sentença da ação coletiva<sup>37</sup>. Discordamos da possibilidade desse transporte *in utilibus* para aproveitamento da coisa julgada da ação coletiva, pois o art. 104 do CDC oferece claramente duas opções ao consumidor, ficando a cargo deste a escolha do caminho que entender mais adequado e interessante. Do mesmo modo, no caso de improcedência da ação individual, tal decisão estará acobertada pela eficácia preclusiva do art. 472 do CPC.

### ■ 5.8.3. Art. 16 da LACP

O art. 16 da LACP, com redação dada pelo art. 2º da Lei nº 9.494/1997, assim prescreve:

*Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.*

Esse dispositivo, de aplicação controvertida, limita a eficácia da decisão à circunscrição territorial do órgão prolator, fazendo confusão entre os efeitos da coisa julgada e a competência.

37. Op. cit., p. 765.

Ada Pellegrini Grinover, entre outras críticas, esclarece que o aludido dispositivo veio na contramão da filosofia dos processos coletivos, pois a tentativa de limitação da abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas tem como consequência a multiplicação das demandas, sobrecarregando os tribunais<sup>38</sup>.

Em acórdão prolatado pela Terceira Turma do STJ, relatado pela Min. Nancy Andrighi, nos autos do Recurso Especial 411.529-SP, publicado no DJe de 05/08/2008, entendeu-se que o procedimento regulado pela Ação Civil Pública pode ser utilizado para a defesa dos direitos do consumidor em juízo, porém somente no que não contrariar as regras do CDC, que contém, em seu art. 103, uma disciplina exaustiva para regular a produção de efeitos pela sentença que decide uma relação de consumo. Assim, não seria possível a aplicação do art. 16 da LAP para essas hipóteses.

Entretanto, em outro julgado, a Corte Especial do STJ<sup>39</sup>, nos autos do AgRg nos EREsp 253.589-SP, Rel. Min. Luiz Fux, publicado no DJe de 01/07/2008, decidiu que referido dissenso jurisprudencial está superado, sendo certo que “a sentença na ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes* nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

Como se pode perceber, a questão ainda não está pacificada no âmbito do STJ. A seu turno, o Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADIn nº 1.576 (rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 06/06/2003, p. 29), rejeitou a inconstitucionalidade do art. 16 da LACP.

Critica-se o art. 16 da LACP porque referido dispositivo teria confundido os conceitos de “efeitos da sentença” e “competência” do órgão jurisdicional, devendo manter-se eficazes os dispositivos equivalentes do CDC, que têm aplicação subsidiária à LACP.

38. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, cit., 9. ed., p. 939.

39. AgRg nos EREsp 253.589-SP, j. 04/06/2008, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 01/07/2008.

Para Teori Albino Zavascki, a limitação territorial prevista nesse dispositivo apenas poderá ser aplicada em relação aos direitos individuais homogêneos<sup>40</sup>.

Segue transcrita a ementa de acórdão relatado pela Min. Nancy Andrighi em acórdão prolatado pela Terceira Turma do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 399.357-SP, publicado no DJe de 20/04/2009:

Processo civil e Direito do Consumidor. Ação coletiva ajuizada por associação civil em defesa de direitos individuais homogêneos. Expurgos inflacionários devidos em caderneta de poupança em janeiro de 1989. Distinção entre eficácia da sentença e coisa julgada. Eficácia nacional da decisão.

- A Lei da Ação Civil Pública, originariamente, foi criada para regular a defesa em juízo de direitos difusos e coletivos. A figura dos direitos individuais homogêneos surgiu a partir do Código de Defesa do Consumidor, como uma terceira categoria equiparada aos primeiros, porém ontologicamente diversa.

- Distinguem-se os conceitos de eficácia e de coisa julgada. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. O art. 16 da LAP, ao impor limitação territorial à coisa julgada, não alcança os efeitos que propriamente emanam da sentença.

- Os efeitos da sentença produzem-se “erga omnes”, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

Recurso Especial improvido.

Posicionamo-nos no sentido de que esse art. 16 da LACP, com redação introduzida pela Lei nº 9.494/1997, não tem aplicabilidade

40. *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 80-81.

para regular as relações de consumo, sendo certo que o art. 103 do CDC é o dispositivo a ser aplicado no que tange aos efeitos da sentença. O art. 16 da LACP está em desarmonia com o sistema desenhado pelo CDC, por isso é inaplicável em ações coletivas para defesa dos direitos dos consumidores.

É inoperante o acréscimo no sentido de que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes* “nos limites da competência territorial do órgão prolator”, pois, conforme esclarece Ada Pellegrini Grinover<sup>41</sup>, é o próprio CDC – lei especial – que, nos processos coletivos, amplia os limites da competência territorial ao âmbito nacional ou regional, sendo certo que o âmbito de abrangência da coisa julgada é o pedido, e não a competência.

As regras de competência continuam as mesmas. O fato de ser estabelecida a competência no foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional não interfere nos efeitos da coisa julgada *erga omnes*, permanecendo compatíveis as regras dos arts. 93 e 103 do CDC.

Cumpra lembrar que o Código Brasileiro de Processos Coletivos, em seu anteprojeto, traz redação do art. 12, § 4º, nos seguintes termos: “A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*”.

41. Op. cit., p. 943.



# 6

---

## Inquérito civil

---

**O** INQUÉRITO civil é procedimento administrativo, de titularidade exclusiva do Ministério Público, inquisitorial, facultativo e autoexecutório, destinado à apuração de indícios que possam servir de sustentação para uma ação civil pública.

Se o MP constatar a inexistência de elementos a suportarem a mencionada ação, pode deixar de movê-la. Deflui, portanto, a utilidade e eficiência do inquérito civil, como instrumento que auxilia a evitar a propositura de ações civis públicas temerárias, baseadas em denúncias infundadas.

O inquérito civil tem caráter inquisitório, e a ausência de função punitiva permite que seu procedimento não precise atender de forma estrita aos princípios constitucionais do processo civil, destacando-se, nesse aspecto, a inexigibilidade de atendimento ao contraditório.

A facultatividade indica que o ajuizamento da ACP não está condicionado à prévia instauração do inquérito civil.

A característica da autoexecutoriedade significa que o Ministério Público pode realizar as diligências e investigações sem ter de recorrer ao Poder Judiciário para tanto, nos termos do art. 8º, § 1º, da LACP.

O MP pode avaliar quais os elementos que se apresentam como relevantes no inquérito civil e, com base neles, propor – se entender pertinente – a ação civil pública. Nesse sentido assim decidiu a Segunda Turma do STJ, nos autos do Recurso Especial 448.023-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 20/05/2003, DJ de 09/06/2003, cuja ementa segue transcrita:

Processo civil – Ação Civil Pública – Inquérito administrativo -  
Omissões e contradições arguidas em embargos de declaração: Multa (Art. 18)

1. O inquérito civil é procedimento administrativo facultativo, inquisitorial e autoexecutório, o que desobriga o Ministério Público de instaurá-lo se dispõe dos elementos necessários à propositura da ação.
2. Como medida antecipativa com objetivo de angariar elementos que deem sustentação à ação civil pública, pode o Ministério Público dispor de todos os elementos arrecadados no inquérito civil, ou de parte deles, quando assim entender pertinente.
3. Omissão do Tribunal em dois dos quatro pontos arguidos em embargos de declaração, o que torna uma ilegalidade as multas impostas com base no art. 18 e §§, do CPC.
4. Recurso especial parcialmente provido.

Se depois de esgotadas todas as diligências, o representante do MP se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ACP, deverá promover o arquivamento do inquérito civil. Nesse caso, os autos serão remetidos ao Conselho Superior do MP, que poderá

homologar ou rejeitar a promoção de arquivamento, em conformidade com o art. 9º, § 2, da LACP.

As associações de defesa do consumidor, apesar de não poderem promover o inquérito civil, podem acompanhar sua tramitação, apresentando razões escritas ou documentos, igualmente nos termos do art. 9º, § 2º, da LACP.

Caso o Conselho Superior não homologue a promoção de arquivamento do inquérito civil, deve ser designado outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ACP, conforme estatui o art. 9º, § 4º, da LACP.

No trâmite do procedimento do inquérito civil é possível a celebração de termo de ajustamento de conduta, nos termos do art. 5º, § 6º, da LACP.

# 7

---

## Termo de ajustamento de conduta (TAC)

---

**O** TERMO de ajustamento de conduta é uma prerrogativa dos órgãos públicos legitimados para a propositiva da ACP. Esse termo, que constitui título executivo extrajudicial, estabelece um vínculo jurídico com o fornecedor autor da ilicitude, de forma que, se as obrigações nele ajustadas forem desrespeitadas, cabe ao órgão público a execução das sanções previstas.

Deve necessariamente ser celebrado com um ente público, podendo o outro celebrante ser particular ou também público. Não se trata de transação, pois pode ser concedido prazo para adequação de determinadas condutas aos termos ajustados.

Podem celebrar o TAC as entidades e órgãos da Administração Pública destinados à defesa dos interesses e direitos previstos no CDC, nos termos do art. 6º do Decreto 2.181/1997, bem como o Ministério Público.

O TAC tem previsão legal no art. 5º, § 6º, da LACP e deve ser celebrado em consonância com a legislação de proteção aos direitos do consumidor.

Tal como se dá em relação ao inquérito civil, não há obrigatoriedade de propositura de termos de ajustamento de conduta antes da propositura de ação civil pública, à luz do art. 5º, § 6º, da LACP. Nesse sentido decidiu a Segunda Turma do STJ, nos autos do REsp 895.443-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 17/12/2008.

# 8

## Convenção Coletiva de Consumo

A CONVENÇÃO coletiva de consumo é negócio jurídico por meio do qual as entidades representativas de consumidores e fornecedores podem regular as relações de consumo no que tange ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e às características dos produtos e serviços, bem como à reclamação e composição de conflitos de consumo.

O art. 107 do Código de Defesa do Consumidor estabelece o conteúdo da convenção coletiva de consumo. Entretanto, cumpre enfatizar que não podem compor tais convenções quaisquer obrigações que contrariem a principiologia e as normas protetivas do consumidor, previstas no CDC.

Nos termos do art. 107, § 2º, do CDC, as obrigações convenionadas obrigam todos os membros das entidades signatárias. Ou seja, os efeitos da convenção operam-se *ultra partes*.

Tanto a convenção coletiva de consumo como o compromisso de ajustamento de conduta têm por objeto a regulamentação de determinadas condutas do fornecedor.

Todavia, há diferenças entre esses instrumentos. De acordo com Bruno Miragem, no TAC uma das partes deve necessariamente ser um órgão público, ao passo que, na convenção coletiva de consumo, trata-se de negócio jurídico celebrado entre particulares, sem a participação de órgãos públicos. Outra diferença consiste nas consequências das violações perpetradas. No caso do TAC, este tem eficácia de título executivo extrajudicial, portanto admite-se a execução direta. Já a convenção coletiva de consumo não constitui título executivo extrajudicial, de forma que o descumprimento de suas previsões dá ensejo ao ajuizamento de ação de conhecimento<sup>1</sup>.

1. Marques, Claudia Lima; Benjamin, Antônio Herman V.; Miragem, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

---

## Bibliografia

---

- ABELHA RODRIGUES, Marcelo. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 15, jul.-set. 1995. p. 43-78.
- ALMEIDA, João Batista de. *Manual de Direito do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVAREZ, Anselmo Pietro. As repercussões extraprocessuais e processuais (competência e inversão do ônus da prova) da facilitação da defesa de direitos do consumidor, como garantia básica do sistema. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 57, jan.-mar./2006. p. 165-182.
- ALVES, A. F. A. A desconsideração da personalidade jurídica e o direito do consumidor: um estado de direito civil constitucional. In: G. Tepedino (Coord.), *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

- ALVIM, Arruda *et al.* *Código do Consumidor Comentado e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ALVIM, A; ALVIM, T; ALVIM, E. P. A; SOUZA, J. J. M. *Código do Consumidor Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. São Paulo: RT, *Repro*, v. 19, jul.-set. 1994. p. 273-283.
- \_\_\_\_\_. *Noções gerais sobre o processo no Código do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, v. 10, São Paulo: RT, abril-junho 1994, p. 248-257.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A Boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo, *Revista de Direito do Consumidor* 6/33, 1993.
- ANDRADE, André Gustavo C. A inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor – O momento em que se opera a inversão e outras questões. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 48, out.-dez. 2003. p. 89-114.
- ANDRADE, R. A. *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Manole, 2006.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Noções gerais sobre o processo no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 10, São Paulo: RT, abril-junho 1994.
- ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- AZEVEDO, A. J. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. In: *Temas de direito processual*, primeira série. São Paulo: Saraiva, 1977.

- \_\_\_\_\_. A legitimidade para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro”, In: *Temas de direito processual*, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- BOURGOIGNE, T. *Revista de Direito do Consumidor* 6/12, 1993.
- BRITO FILOMENO, José Geraldo. Ações coletivas: dupla comemoração. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 57, jan.-mar. 2006, p. 60-76.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direitos do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- CÂMARA LEAL, A. L. *Da prescrição e decadência*, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil (Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos). São Paulo: RT, *Repro*, v. 5, jan.-mar. 1977. p. 128-159.
- \_\_\_\_\_; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo. *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*, v. 1. Teresa Arruda Alvim Wambier (orient.). São Paulo: RT, 2008, p. 95-108.
- CASTELLANOS PFEIFFER, Roberto Augusto. Acesso do consumidor à justiça e a advocacia pública. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 30, abr.-jun. 1999. p. 49-65.
- CAULAIS-AULOY, J.; STEINMETZ, F. *Droit de la Consommation*. 6. ed. Paris: Dalloz, 2003.
- DAL PAI MORAES, Paulo Rogério. Legitimidade para a defesa dos interesses coletivos *lato sensu*, decorrentes de questões de massa. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 56, out.-dez. 2005. p. 135-182.
- DENSA, R. *Direito do Consumidor*, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- . *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil*, 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FINKELSTEIN, M.E. *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- . *Direito Empresarial*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FONSECA, J. B. L. *Direito Econômico*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- GAGLIANO, P. S.; PAMPLONA FILHO, R. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GAMA, H. Z. *Curso de Direito do Consumidor*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GARRIDO, Renata Lorenzetti. Legitimidade ativa das associações para propositura de ações coletivas. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 16, out.-dez. 1995. p. 89-102.
- GIDI, Antonio. *Aspectos da inversão do ônus da prova no Código do Consumidor*. São Paulo: RT. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 13, jan.-mar./1995, p. 33-41.
- GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Código do Consumidor e o sistema recursal. In: *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. Coord. Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni; orientação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 213-222.
- GOMES, O. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- GONÇALVES, R. A. *Bancos de Dados nas Relações de Consumo*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2000.

- LARENZ, K. *Derecho Civil – Parte General*. Madrid: Edersa, 1978.
- LOPES, João Batista. *Tutela antecipada no processo civil brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LORENZETTI, R. L. *Comercio Electrónico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do Consumidor em Juízo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A tutela específica do consumidor. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 50, abr.-jun. 2004. p. 71-116.
- MARQUES, C.L. *Contratos do Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ; BENJAMIN; Antônio Herman V.; MIRAGEN, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARTINS, P. L. *O Abuso nas relações de consumo e o princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, jul.-set. 1994, p. 161-169.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004; 18. ed., 2005.
- . *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MEDINA, José Miguel Garcia; CALDAS DE ARAÚJO, Fábio; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos cautelares e especiais. *Processo civil moderno*, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MENEZES, J. C. *Código do Consumidor – Jurisprudência selecionada*. Campinas: Bookseller, 1996.

- NAHAS, T.C. *A desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: Atlas, 2004.
- NERY JUNIOR, Nelson. Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 1. p. 200-221.
- \_\_\_\_\_; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Manual de Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- OLIVEIRA, J. E. *Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2004.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- \_\_\_\_\_; *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- PEREIRA, C. M. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- PEREIRA CALÇAS, M. Q. *Sociedade limitada no novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.
- RAMSAY, I. *Consumer Protection*. London: Butler & Tanner Ltd., 1989.
- REQUIÃO, R. Abuso de Direito e Fraude Através da Personalidade Jurídica. *Revista dos Tribunais*, 1965, nº 410, *Revista do Direito do Consumidor* 6133, 1993.

- ROSADO DE AGUIAR, Ruy. O acesso do consumidor à justiça no Brasil. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 16, out.-dez. 1995, p. 22-28.
- SACCO NETO, Fernando. *Bancos de dados de proteção ao crédito, execução civil e economia: algumas convergências*. In: Ernane Fidélis dos Santos; Luiz Rodrigues Wambier; Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 1, p. 381-385.
- \_\_\_\_\_. Reflexões sobre o art. 94 do CDC. In: *Aspectos processuais do Código de Defesa do Consumidor*. Coord. Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni; orientação Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Cadastros de Proteção ao Crédito – Parte Geral*, v. 1. São Paulo: Editora Método, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Do cabimento de ação recisória com fundamento em violação de princípio geral de direito*. In: José Miguel Garcia Medina; Luana Pedrosa de Figueiredo; Luís Otávio Sequeira de Cerqueira; Luiz Manoel Gomes Junior (coord.). São Paulo: RT, 2008, p. 1020-1026.
- \_\_\_\_\_. *O habeas data, a Súmula 2 do STJ e o art. 8º, parágrafo único, I, II e III da Lei nº 9.507/1997*. In: Luix Fux; Nelson Nery Jr.; Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 1, p. 41-51.
- SCARTEZZINI, Ana Maria. *Ação Civil Pública*. In: *Aspectos Polêmicos da Ação Civil Pública*, Arnaldo Wald (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.
- SERRANO, P. J. *Introdução ao Direito do Consumidor*. São Paulo: Manole, 2003.



- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A proteção ao consumidor no sistema jurídico brasileiro. São Paulo: RT, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 60. p. 7-36.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- TRABUCCHI, A. *Istituzioni di diritto civile*. 15. ed. Padova: CEDAM, 1966, p. 196. Apud AZEVEDO, A. J. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- VENOSA, S. S. *Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- WATANABE, Kazuo. Assistência Judiciária como instrumento de acesso à justiça. São Paulo: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 22, 1984.
- . Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: *A tutela dos interesses difusos*. Ada Pellegrini Grinover (Coord.) et al. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- WERNER, J. G. V. *A Formação, o Controle e a Extinção dos Contratos de Consumo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo, Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.