

**Reflexões de magistrados paulistas nos
25 anos do Código de
Defesa do Consumidor**





ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Diretor

Desembargador Fernando Antonio Maia da Cunha

Vice-Diretor

Desembargador Manoel de Queiroz Pereira Calças

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Itamar Gaino

Desembargador Antonio Carlos Villen

Desembargador Antonio Celso Aguilar Cortez

Desembargador Luiz Augusto de Siqueira

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

Desembargadora Maria de Lourdes Rachid Vaz de Almeida

Desembargador Claudio Luiz Bueno de Godoy

Coordenador da Biblioteca e Revistas

Desembargador Wanderley José Federighi

Coordenadores da obra

Juiz Alexandre Dartanhan de Mello Guerra

Juiz Alexandre David Malfatti

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra

Alexandre David Malfatti

(Coordenadores)

**Reflexões de magistrados paulistas nos
25 anos do Código de
Defesa do Consumidor**

Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2015

Coordenação

Alexandre Dartanhan de Mello Guerra
Alexandre David Malfatti

Coordenação editorial

Marcelo Alexandre Barbosa

Capa

EPM

Editoração, CTP, impressão e acabamento
Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.

Revisão

Páginas & Letras - Editora e Gráfica Ltda.
Yara Cristina Marcondes

Tiragem

3.200 exemplares

Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor / coordenação: Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Alexandre David Malfatti. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.

Vários autores.

ISBN 978-85-8191-055-0

1. Direito do consumidor - Brasil I. Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello
II. Malfatti, Alexandre David.

CDU-366 (81)

Ficha catalográfica elaborada pelo Serviço de Acervo da
Biblioteca da Escola Paulista da Magistratura.
Bibliotecária: Cleuza Alexandre dos Santos - CRB 8/5303



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º, 2º, 3º e 4º andares
01301-100 / São Paulo - SP
Fones: (11) 3255-0815 / 3257-8954
www.epm.tjsp.jus.br / imprensaepm@tjsp.jus.br

Sumário

Apresentação <i>Fernando Antonio Maia da Cunha</i>	7
Justiça e processo administrativo no Código de Defesa do Consumidor <i>Luis Manuel Fonseca Pires</i>	9
O equiparado a consumidor e a sua proteção no CDC <i>Diego Ferreira Mendes</i>	23
Fontes de integração do contrato de consumo <i>Paulo Henrique Ribeiro Garcia</i>	49
“Caveat venditor”: o risco é de quem vende nas relações de consumo <i>Alexandre Bucci</i>	85
O Sistema de Defesa do Consumidor e sua interface com o contrato de transporte aéreo <i>Marco Fábio Morsello</i>	111
Responsabilidade civil contratual no transporte aéreo: hipóteses de não incidência à luz do Código de Defesa do Consumidor <i>Adriana Tayano Fanton Furukawa</i>	139
O artigo 39, X, do Código de Defesa do Consumidor: “não estamos mais no Kansas” <i>José Eduardo da Costa</i>	169
Plano de saúde e reajuste por mudança de faixa etária: jurisprudência, interpretação e precedentes <i>Leonardo Manso Vicentin</i>	179
A proteção ao consumidor nos contratos bancários <i>Roque Antonio Mesquita de Oliveira</i>	195
Aquisição da propriedade imobiliária através de compromisso de compra e venda <i>José Osório de Azevedo Junior</i>	205

O conceito de fato do produto ou do serviço e sua (necessária?) vinculação à ocorrência de um perigo à segurança do consumidor <i>Fabio Luís Castaldello</i>	219
O caso fortuito e a não incidência do dever de indenizar nas relações de consumo <i>Alexandre Dartanhan de Mello Guerra</i>	237
Dano moral nas relações de consumo. A função preventiva do dano moral no CDC <i>Cassio Pereira Brisola</i>	261
A não incidência da responsabilidade civil médica e o CDC <i>Danilo Fadel de Castro</i>	283
O direito do consumidor à repetição do indébito em dobro <i>Fábio Calheiros do Nascimento</i>	307
Métodos consensuais na pacificação das relações de consumo e os reflexos trazidos pelo novo CPC <i>Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes</i>	327
Anotações sobre a distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor e Novo Código de Processo Civil <i>Thiago Massao Cortizo Teraoka</i>	353
Desconsideração da personalidade jurídica. Apontamentos sobre a medida em favor do Consumidor e o Incidente previsto no Novo Código de Processo Civil <i>Alexandre David Malfatti</i>	371
Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: considerações acerca do § 5º do artigo 28 da Lei 8.078/90 <i>Paulo Guilherme Amaral Toledo</i>	389
Os fornecedores (unipessoais e pluripessoais) na relação de consumo e a desconsideração da personalidade jurídica <i>Hugo Leandro Maranzano</i>	405

Apresentação

Mais uma vez fui honrado com a missão de apresentar a presente obra coletiva sobre Direito do Consumidor, cuja origem está nos excelentes Cursos de Pós-Graduação que foram realizados pela EPM na Capital e no Núcleo Regional de Sorocaba.

E, uma vez mais, pela honra do convite, preciso dividi-la com o Conselho Consultivo, cujo apoio e estímulo foram fundamentais para o incentivo das atividades acadêmicas, das quais se origina esta, que já é a segunda obra coletiva preparada pela EPM com artigos exclusivamente de magistrados e sem o auxílio de qualquer editora.

Não é possível deixar de mencionar a participação brilhante e ativa do juiz Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, Coordenador do Núcleo Regional da EPM, em Sorocaba, e também do Curso de Pós-Graduação em Direito do Consumidor, o primeiro realizado fora da Capital. Participei um pouco mais do andamento do curso e pude ver a empolgação dos alunos não só pela qualidade das aulas e palestras, mas principalmente pela preparação prévia que é feita nos seminários através da distribuição de textos e material de estudo selecionados pelo ilustre coordenador. Participaram do curso seis magistrados.

O curso realizado na Capital teve a coordenação do juiz Alexandre David Malfatti, com coordenação adjunta da desembargadora Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes e da juíza Marcia Helena Bosch. Foi a quarta edição do curso, o que demonstra o interesse despertado pela área, desde a realização da primeira especialização em Direito do Consumidor na EPM, em 2010.

Gostaria de registrar também a qualidade e o empenho dos professores assistentes dos cursos da Capital e de Sorocaba, que muito contribuíram para o sucesso da área na EPM, bem como dos palestrantes convidados, muitos deles coautores deste livro.

Os juízes e juízas que trouxeram seus preciosos artigos para ilustrar esta obra coletiva são estudiosos e conhecedores do Direito do Consumidor. E procuraram abordar, além dos temas do cotidiano, também aqueles mais especializados, como os que tratam de aspectos da relação de consumo no transporte aéreo e no processo administrativo. Isso sem olvidar das graves questões que envolvem o consumidor e os planos de saúde, em especial os aumentos por faixa etária, bem como os compromissos de venda e compra e outros temas de fundamental importância para quem estuda e pesquisa o Direito do Consumidor.

Certamente, a obra será de grande valia para os magistrados, seja na atividade jurisdicional, seja na atividade acadêmica. E a EPM espera cumprir o seu papel de estimular os estudos e a pesquisa pelos magistrados em prol de todo o Judiciário.

Em nome da Diretoria e do Conselho Consultivo da Escola Paulista da Magistratura, com sincero e renovado orgulho, cumprimento os autores e apresento esta coletânea de artigos de Direito do Consumidor, esperando que possa servir para a reflexão dos magistrados, estudantes e outros profissionais que atuam na área.

Fernando Antonio Maia da Cunha
Diretor da EPM

Justiça e processo administrativo no Código de Defesa do Consumidor

*Luis Manuel Fonseca Pires*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. I. A indeterminação do processo administrativo junto ao Código de Defesa do Consumidor. I. 1. Primeiro postulado: vingança e justiça, Hýbris e Díke. I. 2. Segundo postulado: direitos fundamentais à organização e ao procedimento. I. 3. Uma síntese. II. A sanção do art. 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Referências bibliográficas.

Introdução

O tema que me foi atribuído nesta obra coletiva promovida pela Escola Paulista da Magistratura, cujo temário se vincula ao curso de pós-graduação *lato sensu* em Direito do Consumidor, sob a coordenação do magistrado e professor Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, refere-se ao *processo administrativo* junto ao Código de Defesa do Consumidor.

Diante da significativa diversidade de abordagens possíveis, optei:

a) por primeiro, refletir sobre o papel do *processo*, em geral, e do *processo administrativo*, em particular, junto ao Estado de Direito, e isto para servir de referencial à dogmática do tema frente aos casos concretos que se apresentem à solução; em especial, é claro,

¹ Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da PUC-SP. Autor, entre outras, das obras *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, 2. ed., editora Fórum (finalista do Prêmio Jabuti 2009 pela editora Campus-Elsevier); *O Estado Social e Democrático e o Serviço Público. Um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*, 2. ed., editora Fórum; *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade, Regime Jurídico das Licenças, e Loteamentos Urbanos*, editora Quartier Latin, e um dos autores de *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deôntica*, editora Fórum.

preocupo-me com as situações relacionadas à apuração feita por órgãos administrativos (a exemplo do PROCON) de infrações administrativas cometidas por “fornecedores” (conforme a definição legislativa prevista no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor).

Em outros termos, estas primeiras anotações não guardam um recorte com destaque de alguma problematização prática do processo administrativo nas relações de consumo, pois me pareceu relevante observar o que comumente se deixa ao largo, as considerações jusfilosóficas que permeiam – logo, devem nortear – o tema do processo administrativo;

b) em seguida, e com um viés mais prático, pretendo expor o que me parece ser uma realidade que mereceria revisão da orientação acolhida pela jurisprudência porque a inteligência estabelecida ofende um dos pilares do Direito Sancionador, o princípio da legalidade - refiro-me à análise do art. 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Feita essa breve apresentação do meu propósito, prossigo.

I. A indeterminação do processo administrativo junto ao Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor não faz referência a qualquer processo administrativo. Prescrevem-se as *sanções administrativas* entre os arts. 55 a 60 em capítulo denominado “Das Sanções Administrativas”, mas não há qualquer sistematização sobre o processo a ser observado pelos órgãos públicos com atribuições para fiscalizar - sejam eles da esfera federal, estadual ou municipal (art. 55, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor). Há uma alusão ao dever desses órgãos de emitir notificações aos fornecedores para que prestem informações sobre questões de interesse do consumidor (art. 55, § 4º), mas longe de esclarecer os parâmetros do contraditório. Menciona-se, é verdade, o “procedimento administrativo” (art. 56, parágrafo único, e arts. 57, 58 e 59), mas se limitam os comandos normativos a advertir que deve ser “assegurada ampla defesa”.

No âmbito federal, portanto, a norma que disciplina o processo administrativo, Lei Federal nº 9.784/99, torna-se a principal matriz à instauração e desenvolvimento regular de qualquer procedimento que pretenda a imposição de sanções por infrações nas relações jurídicas

disciplinadas pelo Código de Defesa do Consumidor. Cada Estado e Município, por seu turno, deverão observar os seus respectivos diplomas legislativos – a título de exemplo, em São Paulo, a Lei Estadual no 10.177/98.

Mas o propósito desta minha abordagem, tal como adiantei na introdução, é aproveitar a indeterminação normativa do processo administrativo – quase um pretexto, portanto – para encarecer a abordagem sobre o tema por outra perspectiva, jusfilosófica, a meu ver absolutamente indispensável à compreensão do devido processo legal enquanto direito fundamental (art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal).

Essas premissas jusfilosóficas tanto mais se ensancham em essencialidade quanto menor a densidade normativa – especialmente, as *regras* – do procedimento em contraditório. Portanto, diante do silêncio legislativo – de *regras* – sobre o processo administrativo junto ao Código de Defesa do Consumidor, maior a relevância da reflexão sob dois postulados que devem ser considerados sobre este tema.

I.1. Primeiro postulado: vingança e justiça, Hýbris e Díke

O filósofo francês, Paul Ricouer, reflete sobre a separação entre *justiça* e *vingança*². Mas a sua reflexão não é histórica, diga-se logo. Tal como ao se referir sobre o contrato social, sobre a passagem do estado de natureza ao estado civil, no qual a maioria dos pensadores debruça-se não sobre um ponto definido no tempo, igualmente na transição da vingança à justiça a noção temporal deve ser abstraída, pois a proposta é de ordem lógica.

Com esse escopo, diz o filósofo que vingança e justiça não se confundem. São dois termos que se contrapõem. Não se harmonizam. Ao inverso, conflitam-se. Ou há vingança, ou há justiça. Como Paul Ricouer bem percebe, há uma contradição em termos na expressão “justiça pelas próprias mãos”. Se se age pelas próprias mãos, não há justiça. Mas apenas vingança.

Uma reflexão que parece ter sido esboçada há tempos. Hesíodo, poeta grego do século VIII a.C., narra o mito das Cinco Idades, cinco

² *O justo*, p. 175 e seguintes.

fases da evolução da humanidade nas quais as raças se sucedem, e conforme assinala o renomado doutor e livre-docente em literatura grega, Junito de Souza Brandão, avança-se em “[...] uma ordem de decadência progressiva e regular”³. Nesse mito, há planos sucessivos da história do homem em que ora prevalece a Díke, ora a Hýbris. Vale dizer, ora a Justiça, ora o Excesso. Não há espaço comum a essas duas forças antagônicas. Apenas uma deve ocupar e reinar sobre a humanidade. Triunfa ao final, em sua pessimista perspectiva, a Hýbris.

Em certa passagem, nas palavras do poeta:

O Excesso é mal ao homem fraco e nem o poderoso facilmente pode sustentá-lo e sob seu peso desmorona quando em desgraça cai; a rota a seguir pelo outro lado é preferível: leva ao justo; Justiça sobrepõe-se a Excesso quando se chega ao final: o néscio aprende sofrendo⁴.

Mas Paul Ricoeur parece melhor ter divisado o contraponto da justiça, a vingança. E nesta quadra, o *processo* torna-se recurso imprescindível para o abando da vingança e o encontro da justiça. Pois apenas “[...] o processo se interpõe entre os dois [os oponentes], instituindo a justa distância [...]”⁵. A condenação, diz o filósofo⁶, precisa ser reconhecida como *razoável* pelo condenado, e só o será se o considerarmos um *ser racional*, e para tal a noção de processo é essencial porque substitui a violência (própria da vingança) em palavras (comunicação, própria da justiça).

O *processo*, portanto, cumpre papel inigualável como instrumento à mutação da vingança à justiça, da hýbris à díke. Por proporcionar a justa distância entre os oponentes (acusador e acusado) o processo permite o diálogo e a possibilidade de realização do justo. O *processo*, insiste-se, estabelece a *justa distância* entre o delito que provoca a ira e a reação de punição imposta pelo Estado. Enquanto a vingança gera o colapso entre os sofrimentos da vítima e a sua reação ou de terceiro como vingador – causa *excessos* –, o processo viabiliza a distância que permite o encontro do justo.

³ *Mitologia grega*, v. 1, p. 177 e seguintes.

⁴ *Os trabalhos e os dias*, p. 37.

⁵ *Ibidem*, p. 184.

⁶ *Ibidem*, p. 191.

Paul Ricoeur assinala então os *elementos de estrutura* do processo: a) a presença de um terceiro e o seu reconhecimento como instituição do Estado; b) o debate; c) a decisão que resulta da virtude performativa da palavra que profere o direito; a decisão anunciada põe fim à incerteza e impõe às partes do processo os lugares determinados pela *justa distância* que foi estabelecida para apartar a justiça da vingança⁷.

Mas é o debate que me interessa destacar – o *segundo elemento de estrutura*.

Sem a efetiva presença do debate não há processo. O debate depende da ciência às partes dos termos da acusação, da participação dos envolvidos com manifestações efetivas e a oportunidade de produção de provas. E para o *debate* ocorrer é preciso proporcionar um *diálogo paritário* entre os envolvidos.

Sem o debate, este *elemento de estrutura*, não há processo. Sem processo, não há justiça. Só vingança.

O *processo* – seja ele judicial ou administrativo – é um postulado jusfilosófico do Estado de Direito de qualquer sociedade política que aspire promover a justiça em todas as suas dimensões – universal ou particular, corretiva ou distributiva. Sem processo – pleno, com todos os seus elementos estruturais –, o Estado de Direito é uma falácia.

I.2. Segundo postulado: direitos fundamentais à organização e ao procedimento

As considerações jusfilosóficas acima expostas refletem-se no direito posto. No art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal asseguram-se os direitos fundamentais ao devido processo legal e à ampla defesa.

Direitos fundamentais por *dupla fundamentalidade*. Fundamentalidade *formal* porque são expressamente anunciados como direitos fundamentais pelo Título II da Constituição Federal no qual se encontra o art. 5º, portanto, cláusula pétreia, nos termos do art. 60, § 4º, IV. Mas ainda são direitos *materialmente* fundamentais porque sem a sua previsão não se realizam outros direitos fundamentais; sem processo não se perfazem os demais direitos.

⁷ Ibidem, p. 185 e seguintes.

Como afirma J. J. Gomes Canotilho:

A ‘fundamentalidade formal’ geralmente associada à constitucionalização, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradoras de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas incorporadoras de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288º/d e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. afloramento desta idéia no art. 18º/1 da CRP).

A idéia de ‘fundamentalidade material’ insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. [...] só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16/1º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí falar-se, nos sentidos (1) e (3), em ‘cláusula aberta’ ou em ‘princípio da não tipicidade’ dos direitos fundamentais. Preferimos chamar-lhe ‘norma com ‘fatispecie’ aberta’⁸.

Os direitos fundamentais insculpidos no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, por esta fundamentalidade *material*, enquadram-se na categoria dos *direitos fundamentais à organização e ao procedimento*.

⁸ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 379.

Não basta ao Estado prescrever o acesso à Justiça, a promoção da saúde e tantos outros direitos fundamentais. É preciso que se *organize* para materializá-los. Necessário se faz a estruturação do órgão Justiça com juizes, cartórios, servidores; necessário que existam hospitais, médicos, enfermeiros e demais recursos etc. Sem uma *organização* suficiente não se realizam os direitos fundamentais. Por isso é que se reconhece que há *direitos fundamentais à organização*.

Igualmente, sem normas dos direitos das obrigações que permitam a formação de obrigações contratuais, sem normas do direito processual que viabilizem a solução de conflitos, não se realizam os direitos fundamentais. Destarte, reconhecem-se os *direitos fundamentais ao procedimento*.

Quanto aos *direitos fundamentais ao procedimento*, diz Konrad Hesse que são “[...] meios para a realização e garantia dos direitos fundamentais”⁹. Ou nas lições de Robert Alexy: “[...] são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado”¹⁰.

As *normas processuais* – do processo *judicial*, e ainda do *administrativo* – são *direitos fundamentais*. Dupla fundamentalidade, formal e material. Enquadram-se na categoria cunhada pela doutrina constitucional do direito alemão, e em tudo pertinente ao direito pátrio, de *direitos fundamentais à organização e ao procedimento*.

I. 3. Uma síntese

O processo é instrumento à passagem da vingança e do excesso (hýbris) à justiça (díke); promove-se a *justa distância* entre os oponentes, permite-se aspirar ao justo. Onde se funda, deita as suas raízes, o Estado de Direito.

Ao se pensar o processo – ainda neste esquadrinhar filosófico – deve-se enfatizar a importância do *debate*, um dos seus *elementos de estrutura*, o que implica fomentar condições reais e paritárias de diálogo.

⁹ *Temas fundamentais do direito constitucional*, p. 54.

¹⁰ *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 473.

Essas notas filosóficas se refletem no direito posto – pois, se assim não fosse, difícil seria sustentar a legitimidade do Estado de Direito – afirma-se haver um *direito fundamental* ao devido processo legal e à ampla defesa – art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal – porque institucionalmente é preciso superar os mecanismos de vingança, alcançar-se a justiça. O processo – em sua concepção *jurídica* – materializa o instrumento de acesso à justiça. Portanto, indispensável – também *juridicamente* – reconhecer a possibilidade concreta do debate.

Daí a importância de perceber que o processo administrativo prescrito no Código de Defesa do Consumidor se encontra não em uma regra expressa, mas na mera potencialidade de sanções serem impostas (art. 56 e seguintes), ou de obrigações serem exigidas (a exemplo da requisição de informações por notificações de órgãos oficiais, prevista no art. 55, § 4º), ou na hipótese de medidas acautelatórias serem empenhadas (art. 56, parágrafo único).

A breve expressão “assegurada ampla defesa” e o que se denomina “procedimento administrativo” (art. 56, parágrafo único, e arts. 57, 58 e 59, todos do Código de Defesa do Consumidor) devem compor a noção jurídica de “processo administrativo” de modo a enfatizar o procedimento em contraditório, isto é, todo expediente de apuração de eventuais sanções previstas no Código de Defesa do Consumidor deve ser operacionalizado – pelos órgãos de fiscalização – com o efetivo compromisso de assegurar primazia ao *debate*, pois sem este se amesquinha o *processo*, perece a justiça – o que resta é a vingança do Estado.

Sem a oportunidade de efetivo debate (apresentação de defesa, produção de provas pertinentes), usurpa-se a fundamentalidade material dos direitos fundamentais à organização e ao procedimento – pois só há o *debate* quando se permite uma *dialética paritária*.

Portanto, a indeterminação na sistematização normativa do processo administrativo junto ao Código de Defesa do Consumidor deve, com o fim de harmonizar-se à Constituição Federal e aos postulados jusfilosófico e dogmático inerentes à noção de processo em um Estado de Direito, compreender que o processo administrativo compromete-se com a *dialética processual* (debate), é dizer, com a possibilidade real de o fornecedor prestar esclarecimentos sobre os fatos, produzir provas relacionadas ao caso, ainda que se o faça posteriormente a alguma medida acautelatória, mas sempre antes da eventual imposição definitiva de alguma sanção.

II. A sanção do art. 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor

A norma jurídica, em sua *formulação lógica*, apresenta uma estrutura binária. Diz Miguel Reale¹¹ que as regras de conduta apresentam uma *hipótese* (ou *fato-tipo*), e um *mandamento* (ou *finalidade*, ou *dispositivo*, ou *preceito*), e um “nexo de imputabilidade” nesta relação. Como *juízo hipotético* – se *A*, deve ser *B*, sendo *A* a conduta hipotética e *B* a consequência –, sem *hipótese* ou sem *mandamento*, não há norma, pois como afirma Maria Helena Diniz¹², a norma é um *querer deontológico*, um *dever ser*. A norma jurídica é um *imperativo* estruturado sob um *juízo hipotético* de um *dever ser*, ou, como ensina Tércio Sampaio Ferraz Jr.¹³, é a concepção da norma como um “imperativo condicional”.

O princípio da legalidade, portanto, pressupõe o cumprimento desse juízo binário. Isto é, qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, decorrente da função administrativa, deve buscar seu fundamento de validade em uma lei, e isto por conta da adoção do princípio da vinculação positiva da Administração Pública, nos termos dos arts. 5º, II, e 37, caput, da Constituição Federal, que prescrevem que a Administração Pública só está autorizada a fazer, ou deixar de fazer, nos termos da lei. Lei que deve ter *hipótese* e *mandamento*.

Portanto, lei alguma, a pretexto de conferir competência discricionária à Administração, pode *esvaziar* o *conteúdo mínimo* da norma a ponto de desqualificar a *hipótese* ou o seu *mandamento*, isto é, *não pode haver a delegação da função legislativa*, sob pena de ofensa ao princípio constitucional fundamental de independência dos Poderes (art. 2º).

Como diz o constitucionalista português, José Joaquim Gomes Canotilho, as remissões da lei para outros instrumentos jurídicos, como é o caso dos regulamentos, “[...] suscita problemas de conformidade constitucional com os princípios democrático e de Estado de direito”¹⁴. Pois a Administração não pode enfeixar um “poder paraconstitucional

¹¹ *Lições preliminares de direito*, p. 100.

¹² *Compêndio de introdução à ciência do direito*, p. 350 e ss.

¹³ *Introdução ao estudo do direito*, p. 100.

¹⁴ *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 736.

e apócrifo” e substituir-se ao legislador. Assevera que há inversão de competência e violação ao princípio democrático e ao princípio do Estado de Direito quando: a) a remissão é mais condescendente do que aquelas para as “autorizações legislativas”; b) a remissão permite a definição das relações entre o Estado e os cidadãos por meio de regulamentos; c) a remissão de “atos pararegulamentares” (como as ordens administrativas, instruções, circulares etc.) ocorre para além dos efeitos meramente internos.

De modo similar, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁵ reprovava a “delegação disfarçada e inconstitucional”, o que acontece se a lei defere ao regulamento a possibilidade de definir as condições ou requisitos necessários para o surgimento do direito, obrigação, dever ou restrição. Como diz, há a delegação quando o regulamento inova na ordem jurídica, e “[...] inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada”.¹⁶

Tudo isto se agrava em importância quando, como é o caso, se trata do *direito administrativo sancionador*, ápice da *intervenção estatal* perante a liberdade e a propriedade do administrado, pois se integra ao gênero *direito sancionador* (do qual o direito administrativo sancionador é espécie, ao lado das sanções penais e civis) que deve atender ao comando constitucional de que não há pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX), portanto, não há possibilidade de a lei que deveria prescrever *infrações* e *sanções* ‘delegar’ à Administração Pública a definição ou da hipótese (infração) ou do mandamento (sanção).

Não se admitiria a constitucionalidade de uma reforma do Código Penal que eliminasse todas as penas para em um único artigo supostamente prescrever que pelos ilícitos tipificados competiria ao magistrado aplicar a pena de um mês a trinta anos de prisão – por ofensa ao *princípio da legalidade* nos termos do *direito fundamental* prescrito no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Não se pode admitir, por igual fundamento, que outras espécies do direito sancionador violem a mesma norma.

Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹⁵ *Curso de direito administrativo*, p. 332.

¹⁶ *Op. cit.*, p. 333.

Veja-se: ninguém consideraria obediente ao princípio da legalidade da norma penal que estabelecesse para os crimes em geral, ou mesmo para um dado crime, dependendo de sua gravidade, sanções que iriam de 2 meses a 30 anos de pena privativa da liberdade. Regramento de tal ordem, em rigor de verdade, não estaria previamente noticiando ao administrado a consequência jurídica imputável à conduta ilícita. [...]

O vício que se lhe increparia é o de que a identificação da sanção não teria atendido ao mínimo necessário para sua validade, pois a liberdade conferida ao juiz seria de tal ordem que o cidadão não estaria governado pela lei, mas pelo juiz – traindo-se, desarte, o velho e fundamental princípio segundo o qual no Estado de Direito vigora a “*rule of law, not of men.*”. Assim também não se poderá considerar válida lei administrativa que preveja multa variável de um valor muito modesto para um extremamente alto, dependendo da gravidade da infração, porque isto significaria, na real verdade, a outorga de uma “discricionariedade” tão desatada, que a sanção seria determinável *pele administrador e não pela lei*, incorrendo esta em manifesto vício de *falta de razoabilidade*. É dizer: teria havido um simulacro de obediência ao princípio da legalidade; não, porém, uma verdadeira obediência a ele. Norma que padecesse deste vício seria nula, por insuficiência de delimitação da sanção.¹⁷

De tal sorte, o art. 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor revela a sua inconstitucionalidade ao prescrever como sanção – *mandamento* do juízo binário da norma sancionadora – a multa entre duzentas e três milhões de vezes a unidade fiscal de referência (UFIR), pois, a pretexto de dispor sobre a sanção, em verdade *delega* a definição do *mandamento* da norma jurídica à discricionariedade da Administração Pública, esvazia-se a sanção, viola-se o princípio da legalidade, a necessidade de apenas *lei* prescrever a infração e a sanção (art. 5º, XXXIX).

¹⁷ Op. cit., p. 841.

A propósito, comenta Celso Antônio Bandeira de Mello o art. 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor:

O intervalo entre o mínimo e o máximo é tão desabridamente grande, que não teria havido substancial diferença entre estabelecer dita variação e haver deixado o administrador inteiramente livre para fixar o valor da multa – caso em que se exibiria com esplendorosa clareza a invalidade da norma. Mesmo que ulteriormente a Administração estabelecesse parâmetros, a invalidade apontada continuaria a persistir, por ofensa ao princípio da legalidade, já que norma administrativa não é lei.¹⁸

Portanto, normas infralegais (a exemplo, em São Paulo, da Portaria Normativa PROCON nº 26/06) não podem, a pretexto de prever graduações de sanções por infrações administrativas, efetivamente legislar quais as *consequências* – as *penas* – aplicáveis, sob pena de violação do princípio da legalidade; em última análise, há contundente ofensa constitucional contida no art. 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁸ Op. cit., p. 871.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- HESÍODO. *Os trabalhos e os dias*. São Paulo: Iluminuras, 2008.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RICOEUR, Paul. *O justo*. Tradução de Ivone Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. 2 v.

O equiparado a consumidor e a sua proteção no CDC

Diego Ferreira Mendes

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em um processo judicial ou mesmo em resolução dos conflitos pelos meios alternativos, nos quais se inclui a autocomposição, redonda em tratamento privilegiado da parte classificada como consumidora.

Nesse passo, não raras são as discussões aprofundadas sobre a natureza jurídica da relação existente entre as partes antes mesmo de se debater sobre a situação de fato ou sobre o direito material referente a determinado conflito, o justifica o estudo do conceito de consumidor no Brasil.

Pareceu-nos, contudo, necessário ir um pouco além da compreensão do conceito de consumidor e nos concentrar naquele que não é consumidor, mas a ele é equiparado por expressa disposição do CDC, bem como sobre a extensão da proteção que este equiparado recebe frente ao conceito de igualdade material pensado por Aristóteles e materializado na célebre “Oração aos Moços”: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam” (BARBOSA, 2003, p. 26).

O presente estudo foca-se na aplicabilidade ou não da integralidade do CDC ao terceiro equiparado a consumidor e, em caso negativo, qual ou quais partes do Código se aplicam a este terceiro, passando pela análise se a solução é idêntica para as três hipóteses de equiparação trazidas pelo CDC.

Para tanto, façamos uma breve incursão na história para lembrarmos o surgimento da relação de consumo em substituição à relação pessoal antes existente, com a submissão do consumidor perante o fornecedor, o que passou a exigir uma atuação protetiva do Estado em favor do consumidor.

Trazida a razão que inspirou a Assembleia Constituinte a determinar que o Estado promovesse a defesa do consumidor, antes de nos determos no não consumidor, necessário é trazer o conceito de consumidor, de acordo com as principais correntes de pensamento existentes no Brasil, delimitando, por exclusão, quem pode ser equiparado a consumidor, já que o consumidor propriamente dito não é passível de equiparação, porquanto é o destinatário natural da proteção da integralidade do CDC ao qual o terceiro pode ser equiparado.

Com o conceito de consumidor fixado, passamos a analisar os três casos de equiparação do terceiro não consumidor a este, para estabelecermos quem pode ser equiparado e quais os requisitos para tanto, seguindo-se a reflexão sobre a extensão da aplicação do CDC a cada caso de equiparação, com a análise das consequências práticas da limitação da aplicação do Código ao terceiro equiparado e sobre o fundamento de validade constitucional na aplicação ampla ou limitada do CDC ao equiparado a consumidor, trazendo, ao final, as nossas conclusões sobre o estudo levado a efeito.

2. Histórico

Antigamente, todas as relações comerciais se davam de forma pessoal, isto é, os contratantes podiam discutir todos os termos da contratação, desde as características do bem que seria produzido até o preço e o prazo de entrega de forma individualizada, o que era possível porque se tratava de produção artesanal, trazendo traços positivos, como a personalização do produto e a elaboração de contrato específico pelas partes para reger aquele negócio jurídico específico, atendendo aos interesses de cada cliente, de forma pessoal e individual, porém, produção artesanal também era marcada por aspectos negativos, como a escassez da oferta, já que a produção de cada unidade do produto personalizado demandava tempo e dedicação quase que exclusivas, ensejando a cobrança de preços elevados, já que mesmo com a baixa produção o artesão precisava manter a sua subsistência e a de sua família, incidindo aqui a chamada lei da oferta e da procura.

Com a Revolução Industrial, iniciada entre os séculos XVIII e XIX, o produtor passou a dispor de instrumental e viu a sua capacidade de produção aumentar vertiginosamente, passando a produzir em série e a baixo custo, para atender a necessidade de consumo, que estava em ascensão em função do crescimento demográfico e que se mostrou

ainda mais acentuado no período pós-Revolução Industrial, pois a indústria passou a produzir itens em série, criando a chamada “standardização”, com a homogeneização da produção (NUNES, 2007, p. 3).

A produção em série e homogeneizada gerou oferta em demasia, que superava a demanda apresentada pela antiga freguesia, fazendo surgir a necessidade de a indústria, ainda que pelas mãos dos intermediários, escoar a sua produção para compradores que estavam a maior distância do local da produção, passando, a partir de então, a massificar também a distribuição (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 2).

Nesse passo, o antigo freguês, que negociava com o artesão quais as características que teria o bem que seria produzido para ele, passou a ser o consumidor, para o qual era oferecido um determinado bem, cuja produção normalmente se antecipava não só ao pedido, mas também à própria oferta do bem produzido previamente e com características padronizadas, limitando-se o consumidor, a decidir se queria adquirir da forma que lhe era oferecido, a custo bem reduzido, ou não comprar. Isso fez com que aquela contratação personalizada se esvaizasse, até porque, por conta da produção e da distribuição em massa, o consumidor não mais tinha contato pessoal com o produtor, mas, sim, com o intermediário que recebeu o bem para distribuir no mercado de consumo, muitas vezes distante do produtor, uma vez que para este não importava mais com quem contratava, apenas produzia determinado bem em série e o oferecia a quem quisesse contratar, pois bastaria ao consumidor pagar o preço e levar o produto, de forma que não fazia mais sentido a elaboração de um contrato para cada compra e venda feita, bastando um contrato apenas, igualmente padronizado, para reger as relações entre produtor e consumidor, o qual poderia aderir às cláusulas predispostas pelo fornecedor ou não contratar, restando limitada a esta opção a autonomia da vontade do consumidor, surgindo, como consequência da grande capacidade da produção e a necessidade de seu rápido escoamento, o contrato de adesão.

Nesse passo, seja no período da Revolução Industrial ou pós-Revolução Industrial, a visão do Direito em relação aos contratos era privatística, na qual se presumia que o contrato refletia o que de mais justo poderia ser contratado pelas partes para aquele negócio jurídico determinado, porquanto era a exteriorização da vontade destas, livremente manifestada, decorrente da autonomia de vontade de cada um dos contratantes.

Presumia ao legislador, inclusive o de 1916, que fez editar o CC revogado apenas em 2003, que o indivíduo, ao contratar livremente,

o fazia em igualdade de condições com o outro contratante, de forma que se prestigiava o que se ajustava entre estes, porque se o contratado seria o resultado do que parecia correto para ambos os contratantes para aquele negócio jurídico específico, ainda que aos olhos de terceiros a relação estivesse desequilibrada, favorecendo em demasia um dos contratantes.

A autonomia de vontade definida por Caio Mario da Silva Pereira (1999, p. 10) como a “faculdade que têm as pessoas de concluir livremente seus contratos”, só pode ser a diretriz da justiça do contrato e, conseqüentemente, dar azo à máxima do *pacta sunt servanda*, nos contratos paritários, isto é, naqueles em que as partes contratantes negociam em igualdade de condições, fazendo com que cada cláusula espelhe a livre estipulação contratual a que chegaram as partes depois de debatê-la, isto é, a ideia de justiça contratual na autonomia de vontade está diretamente ligada à real e efetiva liberdade não só para contratar, mas, principalmente, como contratar, o que exige que nenhuma das partes esteja em posição de superioridade em relação à outra nas condições negociais.

Em uma sociedade em que a produção e, portanto, a contratação, é personalizada, como existia na era pré-Revolução Industrial, na qual o produtor dependia da venda para aquele determinado freguês tanto como este dependia da produção daquele determinado artesão, a consagração da autonomia de vontade e o seu corolário do *pacta sunt servanda* se justificavam, porque naquelas relações havia campo propício para a igualdade material entre os contratantes ou, no mínimo, para um grande equilíbrio de forças entre eles, a possibilitar a verdadeira liberdade na conclusão do contrato e estipulação de suas cláusulas, porém, com a despersonalização da contratação e do contrato, na figura do contrato de adesão, o produtor apresenta um documento com cláusulas que ele mesmo estabeleceu previamente, às quais o interessado em adquirir determinado produto poderia aderir para contratar ou não aderir, hipótese em que a não adesão redundaria em não adquirir o produto (MIRAGEM, 2013, p. 39).

O contrato de adesão surge, então, em um contexto em que o Direito, por ter uma visão muito privatística das relações jurídicas, inspirada nos fundamentos da Revolução Francesa do final do século XVIII, consagrava a autonomia de vontade decorrente da igualdade formal entre os contratantes e, conseqüentemente, o dogma do *pacta sunt servanda*. Não demorou muito para que o fornecedor percebesse que se o contrato obrigava as partes a ponto de ser tido como a lei

entre os contratantes e que ele poderia pré-estabelecer unilateralmente todas as cláusulas contratuais que regeriam a sua relação com o futuro adquirente do produto, poderia redigir cláusulas vantajosas apenas para si, em prejuízo do adquirente, prevendo, por exemplo, a isenção de sua responsabilidade pelos danos que o produto viesse a causar, a prorrogação por tempo indeterminado do prazo de entrega do produto, entre outras, que poderiam aumentar substancialmente o seu lucro, carreando ao consumidor todos os riscos da contratação.

Esse modelo, evidentemente, já não refletia justiça contratual alguma, mas, sim, domínio de uma parte sobre a outra, clamando por uma intervenção do Estado, inconcebível para os dogmas da Revolução Francesa, que regiam as relações jurídicas no mundo ocidental do século XIX e do começo do século XX, a fim de que houvesse o reequilíbrio das relações contratuais e esta intervenção se deu a partir da edição de normas que protegiam o consumidor dos abusos do fornecedor, já que este detinha o domínio sobre a produção do bem em série, do qual o consumidor necessitava, assim como estipulava previamente todas as cláusulas contratuais que regeriam a sua relação com este consumidor.

O mesmo fornecedor, por vezes, era o industrial que contratava os trabalhadores pagando baixos salários e exigindo carga horária que chegava a 16 horas de trabalho por dia, ensejando intervenção protetiva do Estado já muito mais conhecida: os Direitos Trabalhistas. Nesse ponto, o Direito passa a abandonar a igualdade formal, decorrente dos princípios da Revolução Francesa, que na essência apregoava que todo homem é igual perante a lei, devendo sempre receber tratamento igualitário desta, e volta ao conceito de igualdade material de Aristóteles, consagrado na célebre frase de Rui Barbosa, que pode ser resumida como “tratar os iguais igualmente e os desiguais com desigualdade, na medida de suas desigualdades” (MIRAGEM, 2013, p. 40).

Essa submissão do consumidor ao fornecedor revela uma das características mais marcantes daquele: a sua vulnerabilidade perante o fornecedor. Tal vulnerabilidade não passou despercebida pelo legislador brasileiro, que fez editar, ainda sob a égide do CC privatístico de 1916, uma série de normas que protegiam, ainda que em conjunto com as demais relações comerciais e civis, as relações de consumo, como a limitação dos juros em contratos, os crimes contra a economia popular, a repressão ao abuso do poder econômico, a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, a proteção à poupança popular na liquidação de instituições financeiras, a venda à prestação com obrigatoriedade

de declaração do preço total (BITTAR, 2011, p. 14-15), além da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, que prevê o direito de o adquirente suspender os pagamentos das prestações enquanto o loteamento não estiver regularizado.

Dessa feita, ainda na década de 1970 já havia alguma proteção ao consumidor em temas pontuais e em legislação esparsa, mas sem sistematização, o se mostrava insuficiente. Essa constatação levou a Constituinte a estabelecer como garantia fundamental do consumidor a determinação de que o Estado promovesse a sua defesa (inciso XXXII do art. 5º da CF), isto é, há imperativo constitucional para que o Estado promova a defesa do consumidor.

A Constituinte não se limitou a trazer a defesa do consumidor como garantia fundamental e, portanto, cláusula pétrea (inciso V do § 4º do art. 60), foi além, pois ao tratar da ordem econômica trouxe como princípio geral de toda atividade econômica a defesa do consumidor (inciso V do art. 170), isto significa que qualquer atividade econômica, para estar em sintonia com a Constituição, deve ser desenvolvida sem violar os direitos do consumidor, mas, sim, para convergir para a defesa deste (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 11-12).

Por fim, além da capacidade legislativa concorrente para legislar sobre responsabilidade por dano ao consumidor (inciso VIII do art. 24), que enseja maior campo de proteção legal, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), em seu art. 48, determinou que o Congresso elaborasse CDC no prazo de 120 dias a partir da promulgação da nova Ordem Constitucional. Note-se: não determinou que fosse promulgada uma lei para promover a defesa do consumidor, mas, sim, um Código específico, o que implica na elaboração de norma com estrutura e principiologia próprias, o que se concretizou em 11 de setembro de 1990, com a Lei nº 8.078, isto é, o CDC, que entrou em vigor 180 dias depois, em 11 de março de 1991.

3. O equiparado a consumidor e a sua proteção

O estudo sobre quem é o equiparado ao consumidor passa, necessariamente, pela delimitação de quem é o consumidor, pois aquele que é consumidor, de acordo com o art. 2º do CDC, foge ao objeto desta reflexão, porquanto quem é consumidor a ele não precisa – e nem deve – ser equipado.

Ao contrário do conceito amplo de fornecedor trazido pelo art. 3o do CDC, a definição do conceito de consumidor gera divergência na doutrina e na jurisprudência, em especial sobre o que seria o “destinatário final” de que trata a parte final do dispositivo legal.

Tomaremos aqui o conceito de consumidor pela Teoria Finalista para delimitar os passíveis de equiparação, para que seja tomado como consumidor apenas o destinatário final fático e econômico do produto ou serviço.

Neste estudo, não será considerada a Teoria Maximalista, por trazer esta alargamento inconstitucional ao conceito de consumidor, tal como houve no alargamento do conceito de depositário para possibilitar a prisão do devedor fiduciário inadimplente que não apresenta o veículo, pois inclui no conceito de consumidor o adquirente profissional, ainda que seja a parte dominante na relação com o fornecedor, bem como não se adotará a Teoria Finalista Aprofundada, que está mais em evidência, porque esta inverte a técnica de interpretação, pois primeiro se identifica uma relação de consumo para se presumir de forma absoluta que o consumidor é vulnerável, mas por esta teoria primeiro se verifica se o adquirente é vulnerável, por vezes com necessidade de produção de provas, para depois classificar a relação como de consumo, sem necessidade, já que o art. 29 do CDC apresenta solução adequada para dar tratamento protetivo ao adquirente profissional hipossuficiente. A Teoria Minimalista resta superada, não estão escapando os bancos e demais grandes fornecedores da aplicação do CDC.

Delineado que a conceituação de consumidor utilizada neste estudo é a da Teoria Finalista, passa-se à análise daquele que não é consumidor, mas a ele pode ser equiparado.

A equiparação é trazida pelo próprio CDC ao tratar da coletividade de consumidores (parágrafo único do art. 2º), da responsabilidade civil do fornecedor (art. 17) e da oferta e dos contratos (art. 29).

3.1. Coletividade de consumidores (parágrafo único do art. 2o)

A primeira equiparação ao consumidor, definida pelo caput do art. 2o do CDC, vem logo no parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

A coletividade de consumidores, tratada pelo parágrafo único do art. 2º do CDC, traz a hipótese que mais se assemelha à própria conceituação de consumidor, por tratar de forma mais abrangente aqueles

que, mesmo não se enquadrando no caput do mesmo art. 2º são os que de forma mais direta e complexa são afetados pelas relações de consumo.

O parágrafo único outorga proteção ao consumidor em potencial, isto é, aquele que sequer ventilou a ideia de adquirir um determinado produto ou contratar um serviço, mas que está exposto a uma propaganda, que não pode ser abusiva ou enganosa (art. 37 do CDC), mas se o for estará violando o seu direito enquanto consumidor, ainda que em potencial, podendo-se valer da proteção do CDC.

A conceituação da coletividade de consumidores como sendo equiparada ao consumidor está diretamente relacionada à principal forma de proteção dos consumidores idealizada pelo CDC, que é o emprego da ação coletiva *lato sensu*, na defesa dos consumidores indeterminados diante de alguma prática ilícita pelos fornecedores, como aponta Bruno Miragem (2013, p. 139).

Ressalta-se, contudo, que a prática não se ajustou à teoria, uma vez que a grande massa de ações de consumo ainda é de ações individuais, sendo o uso da ação coletiva de consumo pelos legitimados a tanto ainda muito acanhado frente às lides coletivas existentes.

A este equiparado pelo parágrafo do mesmo dispositivo legal que conceitua o consumidor *in stricto sensu*, aplica-se o CDC de forma integral, pois, além da sua posição topológica, isto é, estar no que pode ser chamado de Parte Geral do CDC, a ausência de limitação expressa no texto equiparador faz com que a coletividade de pessoas equiparada a consumidor tenha a mesma proteção que o consumidor propriamente dito.

3.2. Responsabilidade civil (art. 17)

O art. 17 do CDC trata da figura do terceiro não consumidor vitimado por um acidente de consumo, isto é, outorga a uma pessoa que não participou de uma determinada relação de consumo, nem se insere no conceito de coletividade que intervém na relação de consumo, mas que tenha sofrido dano por conta de fato do serviço ou do produto. Trata-se do consumidor *bystander*.

A justificativa para essa extensão da proteção não está na vulnerabilidade do terceiro equiparado a consumidor, mas na responsabilidade pelo risco-proveito do fornecedor, que, ao pretender colocar um produto ou serviço no mercado de consumo, deve atentar-se para que este

seja seguro não só para os consumidores, como exige o art. 8º do CDC, mas também para terceiros.

Note-se que a equiparação a consumidor trazida pelo art. 17 se refere à hipótese de terceiros sofrerem dano, isto é, trata de acidente de consumo, o chamado fato do produto, ou defeito, que não se confunde com o vício de produto ou serviço. Em linhas gerais, o vício do produto é aquele cujas consequências se exaurem no não funcionamento do produto, como a televisão que não liga por conta de alguma imperfeição, enquanto no defeito, ou fato do produto, a mesma televisão ao invés de simplesmente não funcionar, explode e acarreta danos de ordem física e patrimonial ao consumidor (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 319).

O art. 17 do CDC trata deste último caso, do defeito, do fato do produto ou do acidente de consumo. Tomando o mesmo exemplo da televisão, se ao lado do consumidor estiver o zelador do prédio ajudando na instalação da televisão, no caso de esta não funcionar em nada o zelador será afetado, mas se ela explodir e lhe trouxer danos pessoais ou patrimoniais, como a perda de uma caixa de ferramentas, será equiparado ao consumidor adquirente da televisão por força do art. 17 do CDC.

Deve ser destacado que o dispositivo legal em análise não se limita a equiparar as pessoas com quem o consumidor tem alguma relação, como o zelador tem com o consumidor da televisão e morador do prédio, mas também os terceiros, vítimas do acidente do consumo, que não tenham relação alguma com o consumidor. Ainda no caso de explosão da televisão é equiparado ao consumidor adquirente o pedestre que é atingido por um estilhaço da televisão enquanto caminha pela calçada.

Claudia Lima Marques (2011, p. 391-393) lembra que a tendência é de que, em uma relação de consumo, não haja mais terceiros, pois aqueles que assim se enquadrariam em uma relação contratual clássica, passam a ser parte na relação de consumo, seja porque de terceiros passam a ser consumidores, como os equiparados em análise, seja porque passam a fornecedores, como no caso dos contratos ligados de compra de veículo pelo consumidor em uma revenda, mediante financiamento pelo banco, nos quais, caso o veículo dado em alienação fiduciária apresente vício que justifique o desfazimento do negócio (art. 18 do CDC), ainda que em uma visão clássica o banco fosse terceiro em relação ao contrato de compra e venda de veículo havido entre fornecedor e adquirente, em uma relação de consumo ele também será

considerado fornecedor e por conta do vício do carro, terá também resiliado o contrato de financiamento coligado à compra do veículo.

No caso de acidente de consumo, o art. 17 do CDC equipara não só o terceiro a este, como também o próprio fornecedor intermediário, que durante uma demonstração da televisão para o consumidor no *showroom* de sua loja vê o aparelho explodir, ferindo seus empregados e danificando outros produtos do mostruário, nesta hipótese este comerciante deve ser equiparado a consumidor para discutir com o fabricante os danos sofridos, ainda que no desenvolvimento de sua atividade profissional, por ter sido vítima de acidente em relação de consumo.

O debate sobre a possibilidade de o intermediário na cadeia de consumo, como o comerciante, poder ser equiparado a consumidor, por força do art. 17 do CDC, tende a perder a relevância, já que, para aqueles que entendem que não, a responsabilidade do fabricante perante o comerciante que sofre um acidente ao colocar garrafas para expor à venda aos consumidores em seu estabelecimento, passou a ser objetiva por força do art. 931 do CC.

Na conceituação de terceiro equiparado a consumidor pelo dispositivo em análise, há divergência na doutrina sobre a sua aplicabilidade apenas às pessoas jurídicas, existindo quem pregue que apenas se aplica às pessoas físicas vítimas de acidente de consumo. Sérgio Cavalieri Filho sustenta que a equiparação se limita às pessoas físicas que forem vítimas de um acidente de consumo (2011, p. 71), enquanto Flavio Tartuce (2014, p. 185-186) e Paulo de Tarso Sanseverino (2010, p. 228-229) defendem que a pessoa jurídica vítima do acidente de consumo também pode ser equiparada ao consumidor por força do dispositivo em análise.

A razão está com estes últimos, como bem pontua Odete Novais Carneiro Queiroz ao anotar a aplicação do art. 17 para equiparar a consumidor não só a pessoa física como também a jurídica vítima do acidente de consumo, lembrando que “onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo”¹, logo, se o referido dispositivo prevê que se equiparam aos consumidores todas as vítimas do evento, não há razão para afastar a sua aplicação e deixar de equiparar as pessoas jurídicas vítimas do acidente de consumo ao consumidor.

¹ QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. *Da responsabilidade por vício do produto e do serviço* – Biblioteca do Direito do Consumidor, RT, v. 11, p. 98 apud OLIVEIRA (2011, p. 258).

O alcance da proteção que o equipara a consumidor por força do art. 17 não é muito debatida, pois, na prática, se uma pessoa é equiparada a consumidor por ser vítima de acidente de consumo, tem a aplicação a seu favor de todo o CDC, inclusive a inversão do ônus da prova trazida pelo inciso VIII do art. 6º, sem atentar que o dispositivo limita a seara de aplicação do CDC à Seção em que o artigo de lei está inserido, “Para os efeitos desta Seção”, isto é, a Seção II do Capítulo IV do Título I do Código – “Da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”. Dessa feita, ao contrário do que se vem observando na prática, ao consumidor por equiparação por ser vítima de acidente de consumo a aplicação do CD se limita aos artigos 12 a 14.

Assim, para este terceiro, vítima do acidente de consumo, não se aplicam as demais proteções trazidas pelo Código, como a facilitação da defesa do consumidor e a inversão do ônus da prova, trazidas pelo inciso VIII do art. 6º do CDC, a responsabilidade solidária do art. 7º, pontos estes que não trazem reflexos práticos, por conta da responsabilidade objetiva e solidária trazida nos artigos 12 e 14 que, discretamente, invertem o ônus da prova, já que atribuem tal ônus ao fornecedor, pois para que este afaste a sua responsabilidade deve provar que o defeito inexistente (inciso II do § 3º do art. 12 e inciso I do § 3º do art. 14).

A distinção já vem sendo percebida e aplicada, ainda que de forma muito discreta, como se extrai do Recurso Especial nº 1.288.008/MG, com excelente acórdão de lavra do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, caso em que aplicou a inversão do ônus da prova em favor do equiparado a consumidor por ser terceiro, vítima de acidente de consumo, não por força do inciso VIII do art. 6º, mas, sim, porque o art. 12 do CDC exige que o fornecedor prove que o defeito inexistente para não ser responsabilizado pelo dano, observando que neste caso não se discute verossimilhança ou hipossuficiência, como o inciso VIII do art. 6º exige, pois a inversão do ônus da prova não se dá por ato do juiz, mas, sim, por determinação legal de que o fornecedor prove a inexistência do defeito³.

² Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial no 772.248/SP (2005/0112153-5), Aparecida Beatriz Victor Athuê e outros x Oliveira Silva Taxi Aéreo Ltda., relator Ministro Castro Filho, Brasília, DJ de 6 de março de 2006.

³ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, trecho extraído do Recurso Especial nº 1.288.008/MG (2011/0248142-9), Antônio Rodrigues Cordeiro x Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes Ltda., relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Brasília, 4 de abril de 2013, DJ-e de 11 de abril de 2013.

Na técnica apurada aplicada no referido julgamento, afastou-se a aplicação da inversão do ônus da prova *ope judicis* do inciso VIII do art. 6º do CDC para determinar a inversão *ope legis* do inciso II do § 6º do art. 12 e do inciso I do § 3º do art. 14, ambos do CDC, em favor do terceiro, vítima de acidente de consumo, restando anotado que o caso tratou de uma garrafa que estourou ao ser colocada na prateleira e atingiu o olho do comerciante que a estava expondo à venda, tendo o STJ equiparado este ao consumidor por força do art. 17, o que redundou em uma efetiva proteção, como também haveria se a vítima fosse um consumidor *in stricto sensu*, pois a vítima do acidente de consumo, consumidor *in stricto sensu* ou equiparado a este, não precisa demonstrar hipossuficiência para que o ônus da prova em casos de acidente de consumo seja invertido.

De outro lado, se adotada a tese de que antes de se analisar o nexu causal deve o consumidor ou o equiparado a ele primeiro provar que o dano sofrido decorreu de um defeito do produto, a questão da limitação da aplicação do CDC apenas aos artigos 12 a 14 para o terceiro equiparado a consumidor por ser vítima de acidente de consumo ganha maior relevância, pois a ele não se aplicaria a inversão do ônus da prova do inciso VIII do art. 6º que está prevista em Seção diversa daquela que o art. 17 manda aplicar para o consumidor por equiparação, cabendo a este, de acordo com a regra do inciso I do art. 333 do Código de Processo Civil, provar o fato constitutivo de seu direito, isto é, que o produto ou o serviço é defeituoso e por conta deste defeito, sofreu dano pelo qual pretende indenização, restando dispensado de demonstrar culpa do fornecedor, porque a responsabilidade objetiva do fornecedor trazida pelo art. 12 e pelo art. 14 é a proteção outorgada ao *bystander*.

Tal linha de pensamento é paradoxal, pois exige que o consumidor ou o equiparado a ele prove o dano, a extensão deste e a existência do defeito no produto, para depois permitir ao fornecedor se eximir da responsabilidade provando que o defeito, que o consumidor já provou que existe, na verdade não existe, o que é uma contradição lógica e esvaziaria a proteção do consumidor, razão pela qual é correta a corrente de pensamento de Paulo de Tarso Sanseverino, para o qual basta ao consumidor provar que sofrera o dano e que este decorreria do produto, cabendo ao fornecedor provar a inexistência do defeito.

A limitação ora apontada acaba não surtindo efeitos práticos, pois, como já anotado, reconhecida a situação de consumidor equiparado por força do art. 17, a jurisprudência vem estendendo a aplicação

de todo o CDC para este, inclusive com a inversão do ônus da prova⁴ e observação de prazo de prescrição de cinco anos para a ação de responsabilidade civil pelo fato do serviço ou produto, de acordo com o que prevê o art. 27 do CDC⁵.

A questão trazida pelo parágrafo único do art. 7º do CDC, que estabelece solidariedade na cadeia de fornecedores, não tem reflexo prático, porquanto se a solidariedade do parágrafo único do art. 7º tem amplo campo de aplicação, pois todos os autores, mediatos ou imediatos, de uma ofensa respondem solidariamente pela reparação dos danos decorrentes de violação às normas de consumo, o art. 13 do CDC, afasta, como regra geral, a solidariedade do comerciante na responsabilidade por fato do produto.

Nesse ponto, então, tanto para o equiparado a consumidor por ser vítima de acidente de consumo quanto para o consumidor *in stricto sensu* vitimado, a amplitude da responsabilidade solidária dos fornecedores é menor do que nos demais pontos do CDC. Dessa feita, ainda que ao equiparado a consumidor, por conta do art. 17, a questão da solidariedade dos fornecedores comporte a restrição do art. 13, esta mesma restrição se aplica ao consumidor propriamente dito, pois se trata de regra aplicável à responsabilidade por acidente de consumo, seja a vítima consumidora ou equiparada a tanto.

Agora como efeito prático mais palpável, tem-se que a aplicação apenas dos artigos 12 a 14 e não do CDC inteiro para o equiparado a consumidor por ser vítima de acidente de consumo, traz questão de limitação da indenização em responsabilidade civil não percebida pela jurisprudência, que aplica o CDC em sua integralidade, sem notar que ao art. 17 do Código equipara a vítima do acidente de consumo para os efeitos da Seção da Responsabilidade Civil por Fato do Produto ou do Serviço.

Caso o consumidor propriamente dito sofra um dano, limitado ao valor da coisa que não funciona (vício do produto – artigo 18 e seguintes) ou que experimente danos que extrapolem o valor do produto,

⁴ Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo nº 1.321.999/MG (2010/0110582-9), Mineração Rio Pomba Cataguases Ltda. x Saulo Tarso Pedrosa Pessoas, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, 19 de outubro de 2010, DJ-e de 4 de novembro de 2010.

⁵ Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.202.013/SP (2010/0126678-7), Unibanco AIG Seguros S/A x TAM Linhas Aéreas S/A, terceiro interessado: Associação de Assistência às Famílias Castigadas por Acidentes Aéreos e Tragédias Antigas e Modernas, relatora Ministra Nancy Andrihgi, Brasília, 18 de junho de 2013.

porque atinge outros bens ou sua moral (artigo 12 e seguintes), é assegurado o princípio da reparação integral pelo inciso VI do art. 6º do CDC. Para o consumidor *in stricto sensu* o juiz não poderá reduzir o valor da indenização se verificar excessiva desproporção entre a culpa do fornecedor e o dano sofrido pelo consumidor, como permite o parágrafo único do art. 944 do CC, aplicável ao equiparado a consumidor por ser vítima de acidente de consumo, hipótese em que o fornecedor traga a discussão e o ônus da prova para si quanto à alegação de ausência de culpa ou de culpa diminuta, não para afastar a responsabilidade, que é objetiva, mas para invocar o parágrafo único do art. 944 do CC a fim de ver reduzida a indenização a ser paga a este terceiro, o que se mostra inútil perante o consumidor *in stricto sensu*, porque a este é garantida a reparação integral, por conta do inciso VI do art. 6º do CDC.

Com o art. 17 do CDC equiparando, para os fins da Seção da Responsabilidade por Fato do Produto ou Serviço, o terceiro, vítima de acidente de consumo, ao consumidor, a análise dos efeitos dessa limitação deve passar pela questão da prescrição, pois para aqueles que aplicam o CDC todo em benefício do *bystander*, ocorrido um acidente de consumo, o terceiro, vítima, terá o prazo prescricional de cinco anos a contar da ciência do dano e do conhecimento de sua autoria, como previsto no art. 27, para ajuizar a ação de reparação de danos, enquanto, se adotada a linha de pensamento de que apenas se aplica a este terceiro equiparado o disposto nos artigos 12 a 14 do CDC, a prescrição será aquela de três anos a partir do dano, trazida pelo inciso V do § 3º do art. 206 do CC.

A opção legislativa foi no sentido de restringir ao terceiro, vítima de acidente de consumo, a aplicação da Seção da Responsabilidade de fato do produto do CDC, com se extrai de forma expressa do art. 17, de forma que a contagem da prescrição com início apenas quando da ciência do dano e de sua autoria e o prazo de cinco anos trazidos pelo art. 27 não se aplicam ao consumidor por equiparação.

A proposição pode parecer injusta se forem considerados como regra apenas os exemplos mais corriqueiros da doutrina, como a pessoa que caminha na calçada e é atropelada por um ônibus de transporte de passageiros, ou daquele que está perto da televisão que explode e é atingido por estilhaço. O art. 17 permite a equiparação de terceiros, independentemente da questão da vulnerabilidade, presumida de forma absoluta para o verdadeiro consumidor e exigida a prova desta para a qualificação do adquirente profissional como consumidor para os adeptos da Teoria Finalista Aprofundada ou para a equiparação do art. 29.

Assim, sem falar de vulnerabilidade no contexto do art. 17, estar-se-á falando de possibilidade de aplicação de regras do CDC a quem, de fato, não tem relação de inferioridade alguma com o fornecedor e pode até ter relação de superioridade frente a este, como no caso de o mesmo ônibus, durante a prestação de serviço de transporte de pessoas, atingir um caminhão cegonha, transportando veículos de luxo da montadora para as concessionárias, ou do pequeno fabricante que vê uma televisão sua explodindo no interior de uma destas grandes redes de vendas, como as Casas Bahia.

Por conta do art. 17, tanto a montadora, que nesse caso é vítima da má direção empregada pelo motorista do ônibus, quanto o grande comerciante, segundo a visão majoritária, podem ser enquadrados como consumidores, por força do art. 17.

A Aplicação da Seção da Responsabilidade por Fato do Serviço ou do Produto para esses casos, com a responsabilidade objetiva da empresa de ônibus e da pequena fabricante de televisores, se justifica por conta da obrigação de o fornecedor colocar serviços e produtos seguros no mercado. Não há desigualdade na relação fática ou, se houver nos exemplos apontados, é em favor da vítima, a justificar a aplicação de parte do Código por conta do risco da atividade do fornecedor ou mesmo do risco-proveito de quem busca auferir lucro no mercado de consumo, mas a aplicação de todo um Código pensado para proteger a parte mais fraca de uma relação para aquele que não o é e apenas está equiparado a consumidor em decorrência de um dano decorrente de um acidente de consumo pode agravar, ao invés de reequilibrar, uma desigualdade que no plano fático já pesa em favor da vítima.

Nesse passo, se em um primeiro momento parece injusto restringir a aplicação do CDC aos artigos 12 a 14 para o terceiro equiparado a consumidor por força do art. 17, uma análise mais detida faz lembrar que neste ponto não se está trazendo o requisito da vulnerabilidade ou mesmo da hipossuficiência para possibilitar a equiparação, de forma que a aplicação restrita do CDC, como determina o *caput* do art. 17, se revela a interpretação correta, razão pela qual, para o terceiro, vítima de acidente de consumo, o prazo prescricional para reclamar indenização por danos sofridos por conta de acidente de consumo é o de três anos, previsto no inciso V do § 3º do art. 206 do CC.

O mesmo raciocínio aplica-se à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 28 do CDC, porquanto inserido na Seção V e não na Seção II do Capítulo IV, a qual o art. 17 manda aplicar para o terceiro, vítima de acidente de consumo.

A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica ao equiparado a consumidor pelo art. 17 está limitada às hipóteses do art. 50 do CC, isto é, apenas no caso de abuso de personalidade caracterizado pelo **desvio de personalidade** ou **confusão patrimonial** é que poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica do fornecedor que deve indenizar o terceiro equiparado a consumidor por ser vítima de acidente de consumo, não se aplicando o art. 28 do CDC.

Em um primeiro momento, principalmente se comparado o art. 50 do CC com a primeira parte do *caput* do art. 28 do CDC, parece que não há grande relevância na limitação da aplicação do CDC ao terceiro, vítima nesse ponto, já que este último também parece exigir, para a desconsideração da personalidade jurídica que o fornecedor atue em detrimento do consumidor, com **abuso de direito**, **excesso de poder**, **infração à lei**, **pratique fato ou ato ilícito** ou incida em **violação dos estatutos ou contrato social**. Todos esses elementos indicam abuso da personalidade jurídica que, por vezes, redundam em confusão patrimonial, de forma que não há diferença relevante entre os requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica pelo art. 50 do CC ou pela primeira parte do *caput* do art. 28 do CDC.

Apesar de haver outras diferenças decorrentes da aplicação do art. 28 apenas para o consumidor *in stricto sensu*, em especial na responsabilidade solidária dos fornecedores consorciados e da responsabilidade subsidiária das empresas do grupo ou controladas pelo fornecedor, a grande diferença na aplicação ou não do art. 28 do CDC ao terceiro, vítima de acidente de consumo, está no § 5º deste.

A referida hipótese, em harmonia com o inciso VI do art. 6º do CDC e com o inciso XXXII do art. 5º da CF, permite a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor em favor do consumidor *in stricto sensu* sem exigir má-fé, má administração, desvio na conduta empresarial, confusão patrimonial ou qualquer ato do fornecedor que atente contra a boa-fé objetiva, bastando, para dar ensejo à desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, a fim de atingir os bens pessoais de seus sócios, que a personalidade jurídica seja obstáculo ao ressarcimento do prejuízo do consumidor.

Há quem sustente a exigência de que haja alguma espécie de fraude ou abuso por parte do fornecedor para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica baseada no § 5º do art. 28, mas parece não ser a melhor interpretação frente ao disposto no inciso VI do art. 6º do CDC, que garante ao consumidor a reparação integral de seus

prejuízos, parecendo que o legislador, nesse ponto, ponderou que entre a preservação da autonomia da personalidade jurídica e dos bens do sócio que lucrrou no mercado de consumo e a reparação dos prejuízos do consumidor, a reparação do dano é que deve ser prestigiada. Trata-se de opção legislativa, que, no § 5º do art. 28, trouxe como requisito apenas o fato de a personalidade jurídica ser obstáculo para o ressarcimento do consumidor, sem exigência de ato reprovável algum do fornecedor, como concluiu o STJ, aplicando a desconsideração do § 5º do art. 28 sem exigir prova de má conduta do fornecedor no REsp no 279.273/SP, 3ª Turma, rel. para acórdão Ministra Nancy Andrighi, j. 4/12/03.

Dessa feita, em se tratando de consumidor propriamente dito, a simples falta de bens do fornecedor passíveis de penhora pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, enquanto para o *bystander*, por expressa restrição do dispositivo equiparador, a desconsideração da personalidade jurídica deve ser analisada de acordo com as regras do Direito Civil, em especial o art. 50 do CC, havendo, então, sensível diferença entre a aplicação da integralidade do CDC para o consumidor, presumido vulnerável de forma absoluta, e o terceiro equiparado àquele por ser vítima de acidente de consumo, sem que a vulnerabilidade deste seja relevante, quer como requisito para ser equiparado, quer como consequência jurídica da equiparação.

Repisa-se que a questão da limitação da aplicabilidade do CDC ao terceiro, vítima de acidente de consumo, passa despercebida pela jurisprudência e não vem sendo estudada a fundo pela doutrina, que, nos casos em que menciona a limitação, dedica poucas linhas ao assunto, sem indicar os fundamentos hermenêuticos para sustentar a aplicabilidade integral do CDC ou apenas da Seção da Responsabilidade por Fato do Produto ou do Serviço para este terceiro.

Claudia Lima Marques, em um primeiro momento, parece que crava a aplicação de apenas parte do CDC para o *bystander* (2011, p. 383; 2010, p. 471), mas em um segundo momento, após fazer uma reflexão sobre a tendência da extinção do terceiro na relação de consumo, sustenta a falta de diferença na aplicação do CDC para os consumidores in stricto sensu e para os equiparados, seja que título for (2011, p. 395; 2000, p. 98) e arremata, em nota explicativa, que a aplicação do CDC deve ser irrestrita a qualquer equiparado (2011, p. 395, nota de rodapé nº 370 e 2000, p. 98, nota de rodapé no 57).

A aparente contradição nos pontos ora destacados pode ter decorrido de alteração de entendimento da insigne doutrinadora, sem que a

obra tenha sido atualizada no primeiro ponto, ou pode sugerir que na primeira parte Claudia Lima Marques está a definir a situação de fato que enquadrará o terceiro aos consumidores, isto é, será equiparado a consumidor pelo art. 17 apenas aquele que for vítima do acidente de consumo (fato do produto), sem incidência da equiparação se o caso tratar de mero vício do produto (não funcionamento), sem querer, talvez, referir-se aos efeitos que tal equiparação trará para a aplicação do CDC.

Assim, tem-se que a questão da limitação da aplicação do CDC ao terceiro, vítima de acidente de consumo, permitindo a este gozar apenas da proteção referente à responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores vinculados ao fato do produto, é pouco explorada, mas, em razão do fundamento constitucional que determina o tratamento protetivo ao consumidor por conta de sua vulnerabilidade, não vem sendo analisada com a profundidade necessária, o que merece reflexões, já que o art. 17 equipara a consumidor mesmo aquele que não é vulnerável em uma relação com o fornecedor, podendo abranger até mesmo quem tem domínio da relação comercial com este, como no caso das grandes montadoras de automóveis e os seus contratos com fornecedores de peças para a fabricação dos veículos, que pode estar sujeita a acidente de consumo, como vidros fornecidos por terceiro que, expostos a determinada temperatura, acabem explodindo, causando danos físicos a funcionários, que acarrete danos materiais àquela por conta da falta de funcionários e vidros na sua produção e até morais, frente à sua força de trabalho.

Seria justo, ou constitucional, a aplicação integral do CDC, com prescrição de três anos e desconsideração da personalidade jurídica sem atuação irregular do pequeno fornecedor para beneficiar a grande montadora de automóveis? Não! A aplicação integral do CDC em favor dessa vítima de acidente de consumo careceria de fundamento de validade, por não tratar os desiguais na medida de sua desigualdade, mas agravando ainda mais a desigualdade já existente no plano fático.

Por fim, neste ponto, é interessante que a doutrina e a jurisprudência majoritárias, como se verá a seguir, apontam que ao consumidor por equiparação por conta do art. 29 se aplicam apenas as regras protetivas dos artigos 30 a 54, em razão da redação expressa do dispositivo (“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”), porém, no que se refere ao art. 17, majoritariamente se prega a aplicação integral do CDC, sem atentar que a redação deste dispositivo legal se assemelha muito à do art. 29

(“Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”), o que é paradoxal, pois ou se defende que para ambos a aplicação do CDC se restringe à parte mencionada em cada dispositivo equiparador, como se faz no presente estudo, ou que se aplica o CDC integralmente em todos os casos de equiparação, como prega Claudia Lima Marques, mas não se sustenta a posição que defende a aplicação integral do CDC para o equiparado por força do art. 17 e apenas dos artigos 30 a 54 para o equiparado por conta do art. 29.

3.3. Oferta e contratos

Traz o art. 29 do CDC a terceira e última figura equiparada ao consumidor, que é aquele exposto às práticas comerciais destinadas ao consumo. O dispositivo trata daquelas pessoas indeterminadas que são expostas à propaganda, à publicidade ou a qualquer ato visando atingir o mercado de consumo, de forma que o dispositivo trata da coletividade de pessoas, conforme ensina Rizzatto Nunes (2007, p. 85).

O alcance da norma, contudo, vai além. Bruno Miragem (2013, p. 142) lembra que o art. 29 do CDC faz referência ao Capítulo em que está inserido, o qual traz a proteção do consumidor em relação às práticas comerciais propriamente ditas: oferta, publicidade, práticas abusivas, cobrança de dívidas e bancos de dados inseridas no Capítulo V do título I do CDC, como também ao Capítulo seguinte, o VI, que trata da proteção contratual ao consumidor.

Dessa feita, pela literalidade da Lei, seriam regulados pelo CDC, além das práticas comerciais, que se enquadram no art. 29 como desdobramento do parágrafo único do art. 2º, todos os contratos que, direta ou indiretamente, influenciassem no mercado de consumo, inclusive aqueles entre fornecedores, dentro da cadeia de produção e comércio, de forma que não só a coletividade de pessoas, mas todos os contratantes, até mesmo os grandes fornecedores, seriam equiparados a consumidor nas suas relações contratuais.

Essa, porém, não é a interpretação que vem sendo adotada, uma vez que voltaríamos ao esvaziamento das relações civis e empresariais, o que poderia ter alguma razão de ser diante da visão privatista do CC de 1916, mas que restou superada pelas cláusulas gerais adotadas pelo CC de 2002, que traz uma linha mais social, com equilíbrio também nas relações não consumeristas, de forma que hoje não mais se justifica dar

tratamento contratual privilegiado do CDC a um dos contratantes profissionais, sem que haja a vulnerabilidade, portanto sem que exista justificativa para o tratamento desigual, a desaguar na inconstitucionalidade da equiparação ao consumidor por violação ao princípio da igualdade.

Consolida-se, então, a ideia de que a equiparação trazida pelo art. 29 do CDC traz como requisito implícito, porque de ordem constitucional, que aquele que não é consumidor, somente a ele será equiparado por força do dispositivo legal em estudo se for vulnerável frente ao outro integrante da relação jurídica não consumerista, como anotado por Bruno Miragem (2013, p. 142-143).

Claudia Lima Marques (2011, p. 387) pontua que ainda que o art. 29 do CDC permita a aplicação do Código Protetivo na relação profissional entre comerciantes e até entre fornecedores, esta deve, ainda que de forma indireta, afetar o mercado de consumo. A proteção ao consumidor pode ser bastante difusa, pois as regras ordinárias de experiência informam que qualquer aumento de custo na cadeia de fornecimento de um produto ou de um serviço redundará em elevação do preço final para o consumidor.

Dessa feita, os três requisitos básicos para que o não consumidor seja equiparado a este pelo art. 29 do CDC são: I) que a questão envolva prática comercial (Capítulo V) ou contrato (Capítulo VI); II) que, ainda que de forma indireta, os reflexos desta relação tenham a potencialidade de atingir o consumidor ou o mercado de consumo; e III) que um dos envolvidos na relação seja, efetivamente, vulnerável frente ao outro.

Relembrando que o dispositivo trata de quem não é consumidor *stricto sensu*, mas, sim, de alguém que será equiparado a este, razão pela qual o art. 29 supre a lacuna da Teoria Finalista, que a faz ser apontada como geradora de injustiças, e demonstra a inutilidade da adoção da Teoria Finalista Aprofundada, que tenta incluir na conceituação do consumidor do *caput* do art. 2º CDC quem não é consumidor, mas apenas contratante vulnerável.

Neste passo, como não se fala de consumidor, porque este não precisa ser equiparado, mas, sim, de quem não o é, mas pretende receber proteção do CDC, não há violação alguma à lógica do sistema exigir que o não consumidor faça prova da sua vulnerabilidade, já que, enquanto para aquele que se enquadre no *caput* do art. 2º do CDC basta identificar a relação de consumo e a figura do consumidor para concluir que este é vulnerável e merece a proteção do CDC, na equiparação

será visto se aquele que não é consumidor está em situação análoga à deste, isto é, se está em situação de vulnerabilidade frente à outra parte da relação.

A diferença não é meramente acadêmica, pois poder-se-ia argumentar que o empresário ou profissional vulnerável receberia a proteção do CDC, seja pelo *caput* do art. 2º, para os adeptos da Teoria Finalista Aprofundada, seja pelo art. 29, para os adeptos da Teoria Finalista, mas o enquadramento de alguém como consumidor *in stricto sensu* (art. 2º) ou como equiparado a consumidor (parágrafo único do art. 2º, art. 17 e art. 29), pode produzir efeitos diversos, em especial nos limites da proteção do CDC.

Na doutrina, pouco há de divergência sobre a limitação da aplicação do CDC ao equiparado a consumidor por força do art. 29, observado a limitação trazida pelo próprio dispositivo legal equiparador para aplicar a este apenas a parte relativa às práticas comerciais (Capítulo V) e à proteção contratual (Capítulo VI).

A interpretação que permite a aplicação integral do CDC ao equiparado por força do art. 29 viola a delimitação legal feita por política legislativa e traz ampliação, ainda que para o empresário ou profissional vulnerável, que poderia vir a desnaturar as relações comerciais e civis, tornando o CDC o centro das relações privadas, incluindo no seu amplo espectro de proteção aquele que não tem a vulnerabilidade tão acentuada quanto a do consumidor *in stricto sensu*, de forma a inspirar interpretações menos protetivas dos dispositivos legais, as quais refletiriam na aplicação dos mesmos dispositivos ao serem aplicados para o consumidor *in stricto sensu*, enfraquecendo, a proteção deste, por conta da vontade de aplicar a proteção integral do CDC àquele que não é propriamente o consumidor.

Assim, assiste razão a Paulo Jorge Scartezzinni Guimarães, que pontua: “Nesse dispositivo (art. 29) também criou o legislador um ‘meio consumidor’, já que é possível a utilização de apenas parte das normas do CDC” (2007, p. 78). Na mesma linha de pensamento, Bruno Miragem (2013, p. 142) sentencia que ao não consumidor equiparado a este por força do art. 29, se aplicam as regras protetivas dos artigos 30 a 54 do CDC.

O terceiro equiparado a consumidor pelo art. 29 do CDC precisa ser vulnerável para ver aplicadas em seu favor as regras dos artigos 30 ao art. 54 do Código, mas a vulnerabilidade de um adquirente profissional frente ao fornecedor não é tão grande como a do consumidor

in stricto sensu perante este mesmo fornecedor, podendo ser tomado como hipovulnerável, em contraposição ao conceito tão em voga no estudo do Direito do Consumidor, o hipervulnerável, que trata dos idosos, crianças, incapazes, inspirando um tratamento protetivo mais intenso para os hipervulneráveis, de forma que a aplicação de proteção em menor extensão do CDC ao profissional que, apesar de ser vulnerável, não o é tanto quanto o consumidor definido no *caput* do art. 2º, é exegese que guarda harmonia com a garantia da isonomia material, tratando os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades.

4. Conclusão

A evolução das relações comerciais, que passaram de contratos personalizados, nos quais cada cláusula contratual era passível de negociação e modificação, inclusive no que toca às características de cada produto para atender às necessidades particulares de cada contratante, para as relações decorrentes da produção em massa, “standardizada”, trazida pela industrialização, que permitia a produção em grande escala, porém, de forma pré-definida, sem a possibilidade de alterações relevantes para atender às particularidades de cada adquirente.

A produção em massa de determinado bem saturava rapidamente o mercado local e exigia rápido escoamento da produção, o que se alcançava, também, com a agilidade da negociação, que não poderia ser personalizada, com ampla discussão de cada cláusula contratual do produto, já que o contrato não comportaria alterações relevantes em razão da passagem da produção artesanal, particularizada, para a industrial, de massa.

Essa agilidade na negociação se materializou com a criação de contratos com cláusulas pré-definidas pelo fornecedor, às quais aquele que pretendia adquirir poderia ou não aderir, sendo que neste último caso também não adquiriria o produto industrializado, criando-se o contrato de adesão.

Com a possibilidade de o fornecedor poder estabelecer cláusulas contratuais de forma unilateral, cabendo ao consumidor a liberdade de contratação apenas quanto ao querer ou não contratar nos termos pré-definidos pelo fornecedor, este encontrou campo fértil e propício para a inclusão de cláusulas que apenas lhe beneficiassem, excluindo a sua responsabilidade de indenizar ou garantir a qualidade do produto

e, por vezes, atribuindo toda a responsabilidade ao consumidor, ao qual eram impostos deveres em demasia. Tal poder sobre o contrato, aliado ao domínio que o fornecedor tinha sobre a técnica do produto e até mesmo sobre o mercado, trazia desequilíbrio na relação de fato, que já não era mais compatível com o *pacta sunt servanda*.

O desequilíbrio na relação material, com o domínio do fornecedor sobre o consumidor, inspirou a intervenção do Estado, que passou a proteger este como forma de reequilibrar a relação, chegando ao amadurecimento de a Constituinte determinar que o Estado não só promovesse a proteção do consumidor (inciso XXXII do art. 5º), como estabeleceu este norte como princípio da ordem econômica (inciso V do art. 170), permitindo que a União, os Estados e o Distrito Federal legislassem sobre o tema (inciso VIII do art. 24) e, exigindo, a edição de um CDC (art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

Estabelecida a razão da proteção do consumidor, a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor, restou adotado como conceito de consumidor a Teoria Finalista.

O enfoque do estudo é a definição da limitação do CDC aos equiparados a consumidores. Nesse ponto, tem-se que o CDC trouxe três equiparações: I) coletividade de pessoas; II) vítima do acidente de consumo e III) todos aqueles que estiverem expostos às práticas comerciais e aos contratos.

Para os equiparados a consumidores por força do parágrafo único do art. 2º aplicam-se todas as normas do CDC, seja por sua topologia, seja por abranger consumidores em potencial e até entes despersonalizados, que somente não são consumidores pelo conceito do *caput* por conta de uma questão de classificação jurídica que não as toma como pessoas físicas ou jurídicas, mesmo constituídas estas últimas por obra de ficção jurídica.

Em relação ao terceiro, vítima de acidente de consumo, aplicam-se apenas as regras dos artigos 12 a 14 do CDC, porquanto, além de o art. 17 ser expresso ao restringir a equiparação para os efeitos da Seção da Responsabilidade por Fato do Produto e do Serviço, o dispositivo permite a inclusão no conceito de consumidor equiparado de vítima que não seja vulnerável frente ao fornecedor, bastando ser vítima de um acidente de consumo, o que faz com que a aplicação integral do CDC não encontre fundamento de validade na Constituição.

O mesmo se diga em relação ao equiparado a consumidor por força do art. 29, com a aplicação apenas dos artigos 30 a 54 em favor deste,

pois há a restrição expressa no dispositivo equiparador ao Capítulo das Práticas Comerciais e ao da Proteção Comercial, bem como, apesar de a vulnerabilidade ser requisito para que o não consumidor seja equiparado a este por conta do art. 29, aqui, ao contrário das crianças, idosos e deficientes, os hipervulneráveis, o dispositivo trata de profissionais contratando em uma relação com reflexos no mercado de consumo, a sugerir a figura da aplicação restrita do CDC aos hipovulneráveis.

O tema não é tratado com grande profundidade, com poucos doutrinadores exteriorizando as suas posições sobre a limitação ou não da aplicação do CDC aos consumidores por equiparação, limitação esta, no que toca ao art. 17, praticamente ignorada pela jurisprudência, de forma que aqui se lançam algumas linhas para convidar o leitor a refletir sobre o tema e chegar à sua própria conclusão sobre a limitação ou não da aplicação do CDC aos terceiros equiparados a consumidores.

Referências bibliográficas

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Papagaio, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto – direito material*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança – cumprimento imperfeito do contrato*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao CDC*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no CDC – o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, James Eduardo. *CDC anotado e comentado – doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PODESTÁ, Fábio Henrique; MORAIS, Ezequiel; CARAZAI, Marcos Marins. *CDC comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no CDC e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

Fontes de integração do contrato de consumo

Paulo Henrique Ribeiro Garcia¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. A Declaração Negocial. 3. A Lei. 3.1. A Cláusula geral da boa-fé objetiva. 3.2. A Cláusula geral da justiça contratual. 3.3. A Cláusula geral da função social do contrato. 4. A informação e a publicidade. 5. As declarações das partes. 6. Os acordos coletivos. 7. Os códigos de autodisciplina. 8. As normas das autoridades independentes. 9. Os usos e costumes 10. Conclusões.

1. Introdução

A composição final dos interesses dos contratantes identifica a precípua função desempenhada pelo contrato, que *pode ser resumida na ideia de operação econômica.*²

Os indivíduos, em síntese, buscam a satisfação de suas necessidades e a realização de seus interesses por meio de operações de troca de bens ou de serviços, configurando o contrato o instrumento que, regulamentando as atividades dos envolvidos, viabiliza a organização necessária para se alcançar o resultado prático almejado.

E, na definição de Claudia Lima Marques,³ todas essas relações jurídicas contratuais que ligam um consumidor⁴ a um profissional, for-

¹ Especialista em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura.

² ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 8.

³ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 252.

⁴ Consumidor, segundo definição do artigo 2º, da Lei nº 8.078/90, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. A definição da expressão destinatário final admite interpretações diversas. Por conta disso, não existe unanimidade na aplicação de um critério para definição do consumidor, como esclarece Bruno Miragem: “Observa-se na jurisprudência, assim, tanto a identificação de entendimentos qualificando o consumidor e aplicando o CDC para destinatários finais meramente fáticos – que inclusive reempregam o produto ou serviço em uma atividade econômica, fazendo com que retorne ao mercado –, quanto os que adotam o critério da destinação final fática e econômica, exigindo que o emprego ou utilização do produto ou serviço seja não profissional, ou ainda que o adquirente possua esta qualidade (seja também o destinatário final um não profissional, e não apenas o modo de utilização do bem). (*Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 86.)”

necedor de bens ou serviços⁵ são contratos de consumo. Representam, pois, a maior parte das operações que visam à satisfação das necessidades humanas.

Na atual sociedade de massa, os bens e serviços de necessidade são, em regra, obtidos pelos indivíduos no “mercado de consumo”. Um mercado estruturado pela conduta dos grandes fornecedores, os quais, estabelecendo os bens que serão colocados à disposição das pessoas, os preços dos referidos produtos e serviços e as condições que cada indivíduo terá de atender para ter acesso aos referidos bens, exercem a titularidade do Poder Econômico.⁶

Se não houver limites, o detentor do poder econômico se valerá de sua posição preeminente para estabelecer todas as regras do mercado, visando somente à satisfação de seus interesses, com o retorno do fenômeno observado na Revolução Industrial da “escravidão do homem pelo próprio homem”.⁷

Em uma mesma arena, representada pelo negócio jurídico contratual, digladiam-se, de um lado, aquele que visa lucro, armado com as forças de seu poder econômico, e, de outro, aquele que busca garantir sua própria subsistência, em regra, uma pessoa física mal aquinhoad economicamente, despreparada para atuar num mercado sofisticado, que merece proteção, por não ser descartável.⁸

No que diz respeito aos milhares de consumidores, essa busca pela aquisição de bens e serviços ostenta, na lição de Marco Fábio Morsello, “arquetipo estrutural existencial, naturalmente consentâneo com a

⁵ Fornecedor, segundo definição do artigo 3º, da Lei nº 8.078/90, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

⁶ O poder estatal organizado não é o único meio para o exercício do poder, valendo trazer citação de Norberto Bobbio: [...] os outros dois principais são a posse dos instrumentos de produção (que dá origem ao poder econômico) e a posse dos instrumentos de formação das idéias (que dá origem ao poder ideológico). (*Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 75.).

⁷ Escassos são os bens e aguçados os interesses sobre eles, o que exige, conforme precisa lição de Fábio Nusdeo, a produção de normas para o equilíbrio de tais interesses: Daí as leis para tutelar o consumo. (*Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 32 e 21.).

⁸ Conforme Antonio Junqueira de Azevedo, in: Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 185.

subsistência da pessoa humana”,⁹ o que destaca o valor social do contrato de consumo, cuja efetivação depende do equacionamento das forças entre os contratantes.

Isso significa que “os três níveis do contrato, o econômico, o jurídico e o social devem ser conciliados”,¹⁰ de modo que o complexo de normas de uma relação contratual de consumo integre o ordenamento jurídico, em parte com a função de **tornar possível a realização dos interesses individuais** e em parte para **tornar possível a convergência das ações individuais e sociais a fim de se organizar a economia de consumo de maneira equilibrada**.¹¹

Oportuno observar, porém, que a Lei nº 8.078/90 não regulamenta especificamente os diversos tipos de contrato. A compra e venda, a locação de bens, a empreitada, entre vários outros, por exemplo, estão tipificados no Código Civil. Existem, ainda, contratos disciplinados em leis esparsas. E a Lei nº 8.078/90, além de não tipificar, também não tem o efeito de revogar toda a estrutura tipificada para um determinado negócio jurídico que por ela venha a ser qualificado como relação de consumo, como se se tratasse de um microsistema isolado e independente. Tanto que se reconhece sua particular forma de atuar bem sintetizada na expressão “diálogo das fontes”.

A missão da Lei nº 8.078/90 é, pois, garantir que os contratos qualificados como de consumo, seja qual for a espécie (compra e venda, locação, alienação fiduciária, depósito, etc.), apresentem aquela

⁹ Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan et al. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 297.

¹⁰ Antonio Junqueira de Azevedo, in: Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 185.

¹¹ A função econômica não esgota a importância do contrato. Enquanto expressão da autonomia privada, dentro do qual se manifesta o poder de criar normas, o contrato representa fonte de integração do ordenamento jurídico, o que revela sua nítida função social. E, ao ordenamento jurídico, no qual se insere o contrato, são atribuídas duas funções tradicionais, nos dizeres de Norberto Bobbio: [...] a função de tornar possível a convivência de indivíduos (ou grupos) que perseguem, cada qual, fins individuais e a função de tornar possível a cooperação de indivíduos ou grupos que perseguem um fim comum. São normas de conduta as que, limitando a própria obra à coordenação de ações individuais, estabelecem as condições para obter o máximo de independência dos indivíduos que convivem entre si. São normas de organização as que, mediante um trabalho de convergência (forçada) de ações sociais, estabelecem as condições para proporcionar o mínimo de dependência necessário a indivíduos que cooperam entre si.” (*Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 120-121.).

convergência dos interesses individuais e sociais, com atendimento simultâneo tanto da função econômica quanto da função social, o que faz equilibrando a assimetria de poder entre os agentes, levando a efeito a proteção do consumidor (parte reconhecidamente vulnerável da relação contratual).

Os parâmetros estão estabelecidos, em um primeiro momento, nos artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº 8.078/90, por meio dos princípios jurídicos ali consagrados, que sinalizam os valores que os sujeitos devem buscar e observar no mercado de consumo, complementados nos capítulos V e VI do referido diploma, pela vedação das condutas que violam a funcionalidade do sistema, denominadas práticas e cláusulas abusivas.

E, dos inúmeros contratos de consumo celebrados ao longo dos diversos anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, não muito menos numerosas foram as demandas entre consumidores e fornecedores, as quais, certamente, nem sempre encontraram na declaração negocial, que deu origem ao contrato de consumo, uma solução jurídica em consonância aos valores do sistema protetivo da lei, de modo que foi exigido do aplicador do direito a integração das fontes normativas.

O contrato de consumo, portanto, não prescinde daquele tradicional processo cognitivo aplicável aos negócios jurídicos, composto pelos procedimentos de interpretação, qualificação e integração.

O presente estudo tem por objeto justamente a aplicação do procedimento de integração ao contrato de consumo, abstraindo-se, contudo, da ideia comum de que a integração configura um mero trabalho de preenchimento de lacunas, uma vez que deve representar a construção do regulamento negocial, que se caracterize em um sistema normativo harmônico.¹²

2. A declaração negocial

A autonomia privada é o ponto de partida para o reconhecimento do poder atribuído às pessoas para regular e ordenar livremente suas relações jurídicas contratuais.

¹² MIRANDA, Custódio da Piedade Ubalдино. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 209.

O contrato de consumo não difere dos demais. Surge do acordo de vontades, que se exterioriza por meio de uma declaração negocial, em que se define os elementos essenciais do negócio jurídico (o sujeito e o objeto da relação jurídica). Possível, a partir de então, identificar os contratantes, o tipo contratual e o bem ou serviço, que representa o interesse que as partes buscam satisfazer. A dinâmica da relação funciona por meio dos diversos comportamentos estabelecidos para cada parte, os quais, realizados tal qual previstos, devem ter o efeito de produzir o resultado prático almejado. A obrigatoriedade da conduta, inclusive passível de sanção, é o atributo que traz força normativa ao estabelecido.

Em se tratando de relação de consumo, comum essa declaração negocial ser representada pelas “Condições Gerais do Contrato”, aqueles modelos contratuais padronizados e impressos, com espaços deixados apenas para a individualização dos contratantes, que, na definição de Paulo Luiz Neto Lobo, “constituem regulação contratual predisposta unilateralmente e destinada a se integrar de modo uniforme, compulsório e inalterável a cada contrato de adesão que vier a ser concluído entre o disponente e o respectivo aderente”.¹³

Trata-se de um processo racionalizador que estabelece uniformidade de conteúdo na série de relações contratuais de tipo idêntico e proporciona redução dos custos na atividade empresarial. Em princípio, o extenso rol de cláusulas, previamente refletidas pelo fornecedor e que ostentam generalidade e abstração, permite ao aplicador do direito utilizar-se das condições gerais do contrato como fonte normativa para a solução das mais diversas situações.

E o início do processo cognitivo do contrato reside justamente na análise da declaração negocial, seja aquela restrita a uma troca de palavras, seja aquela formada por um modelo de condições gerais. Nesse particular, a primeira tarefa do jurista diz respeito à interpretação das declarações para responder o que acordaram as partes. Estabelecida pela interpretação qual o significado e conseqüências jurídicas que as partes acordaram, coloca-se a questão subsequente que consiste em classificar e julgar este acordo. Na qualificação, identifica-se o tipo contratual e verifica-se se existe alguma proibição legal. E desta apre-

¹³ *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 24.

ciação jurídica do tipo do contrato específico depende a aplicação das normas de integração para complementar o contrato.^{14 e 15}

Não se cuidando do objeto do presente estudo, o assunto relativo à interpretação das declarações negociais não será analisado.

A questão da qualificação, contudo, necessita ser enfrentada, pois importa para o desenvolvimento do correto raciocínio do procedimento de integração.

Isto porque, a atividade de qualificar configura o procedimento que identifica a disciplina do contrato,¹⁶ mas, também, em uma segunda etapa,¹⁷ diz respeito aos efeitos do negócio (validade/invalidade).

Nesse segundo momento, portanto, existe o controle da conformidade da declaração negocial às funções econômico-sociais tuteladas pelo Direito, com a incidência das normas cogentes que limitam ou corrigem o conteúdo do contrato.¹⁸

Em se tratando de contrato de consumo, situa-se no procedimento de qualificação, por exemplo, a classificação de um determinado negócio jurídico no conceito de contrato de adesão do artigo 54 da Lei nº 8.078/1990, como também o enquadramento das declarações negociais dentre as cláusulas abusivas do artigo 51 da Lei nº 8.078/1990.

Nessa análise das cláusulas em confronto com os princípios e normas do sistema jurídico, ensina José de Oliveira Ascensão, não se criam regras de conduta, tão somente se valoram as regras formuladas para as condenar.¹⁹ Antecipadamente, portanto, é possível concluir que a eventual criação de regras de conduta ao negócio jurídico em

¹⁴ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 420-421.

¹⁵ Pietro Perlingieri diverge da maioria da doutrina por entender haver unidade no procedimento interpretativo, no que diz respeito à interpretação e à qualificação, que seriam realizadas concomitantemente pelo intérprete (*Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 650-656.).

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro Renovar, 2008. p. 650-656.

¹⁷ Quanto ao erro dos contratantes na denominação do tipo de negócio jurídico celebrado, ensina Darcy Bessone que o nomen iuris adotado pelas partes, para a qualificação do contrato, é de importância secundária, pois este erro de direito não obriga o intérprete, que pode retificá-lo para atribuir ao contrato o nomen iuris correto. (*Do contrato*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 225.).

¹⁸ BETTI, Emilio. *Teoria general del negocio juridico*. Traducción de A. Martin Perez, Granada: Comares, 2000. p. 278-279.

¹⁹ *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 192.

substituição das disposições inválidas somente ocorrerá em um momento posterior, ou seja, na fase da integração do contrato e não na fase precedente de qualificação.

A contrariedade de uma cláusula inserida em um contrato de consumo aos parâmetros normativos enseja sua invalidade, o que significa a não produção de efeitos jurídicos da disposição contratual.

No âmbito do Direito do Consumidor, o artigo 51 da Lei nº 8.078/1990 disciplina a nulidade das cláusulas abusivas, incluindo as situações do inciso V, do artigo 6º, da Lei nº 8.078/1990, que prescreve a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, enquanto o artigo 46 da mesma Lei nº 8.078/1990 indica a ineficácia das cláusulas não conhecidas antecipadamente pelo consumidor, bem como daquelas redigidas sem clareza de redação, nos termos do artigo 54, § 4º, da Lei nº 8.078/1990, havendo em quaisquer das hipóteses a exclusão das disposições contratuais inválidas.

Em havendo a invalidade parcial, por afetar apenas uma ou algumas cláusulas do contrato, não se deve, em um primeiro momento, considerar prejudicado todo o negócio havido entre as partes. Em atendimento ao princípio da conservação do negócio jurídico, busca-se a manutenção do contrato, inclusive por meio da “redução do negócio jurídico”.²⁰ Essa é a inteligência do artigo 184 do Código Civil, bem como dos artigos 6º, inciso V, e artigo 51, § 2º, da Lei no 8.078/1990. No âmbito do contrato de consumo, a manutenção do negócio somente não ocorrerá se a exclusão da cláusula acarretar ônus excessivo a qualquer das partes, não dirimido pela integração.

Nesse momento em que a qualificação jurídica exige a exclusão das cláusulas inválidas – sem afetar a manutenção do contrato, que subsiste com a produção de efeitos jurídicos em sua parte válida –

²⁰ Ensina Cláudio Petrini Belmonte que: a redução do negócio constituirá uma recompensa da ordem jurídica pelo reconhecimento do valor jurídico da parte válida do negócio e da sua idoneidade para valer como preceito normativo vinculante. A redução contrapõe-se por um lado à eficácia total do negócio, tal como fora pretendido pelas partes celebrantes na regulação de seus interesses; e, por outro lado, à ineficácia total resultante da não-atribuição de qualquer relevância pela ordem jurídica à regulação dos interesses pelos privados para além dos limites estabelecidos pelo Direito Positivo. Pode-se dizer que o negócio reduzido consiste no resultado final positivo do exercício da autonomia privada dentro de limites mais apertados, definidos pelo Direito Objetivo, o que resultará da regra geral da conservação do negócio. (*Proteção contratual do consumidor: conservação e redução do negócio jurídico no Brasil e em Portugal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 29. (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 21)).

ocorre a modificação da estrutura do acordo firmado, ante o surgimento de lacunas normativas no programa contratual estabelecido pelas partes, que podem ensejar a necessidade de integração em um momento ulterior.

Com efeito, como bem esclarece Joaquim de Sousa Ribeiro,²¹ a declaração negocial não é, nem se confunde com o contrato, sendo apenas uma componente de sua complexa estrutura normativa.²²

Além disso, a onisciência não é atributo do ser humano, do que se conclui que os preceitos estabelecidos na declaração negocial nem sempre oferecerão resposta para todas as situações enfrentadas pelos contratantes, o que revela a incompletude da fonte primária, por mais extenso que seja o regulamento negocial.

São duas, portanto, as situações que originam as lacunas na declaração negocial a ensejar a integração do contrato de consumo: a) as lacunas decorrentes de situações não estipuladas pelas partes no momento da celebração do contrato; b) as lacunas decorrentes da exclusão de cláusulas contratuais inválidas;

Lacunas, não do sistema jurídico, mas da fonte que deveria estabelecer primeiramente a solução para uma determinada questão (no caso do contrato a declaração negocial), o que tem o efeito de acarretar a busca de solução em outra fonte, ou seja, em uma norma produzida por sujeito diverso da originária, procedimento denominado heterointegração.²³

A integração do contrato de consumo, portanto, consiste em encontrar uma resposta jurídica a situações que a declaração negocial não contempla direta e imediatamente.²⁴ Nessa seara, o juiz não deve

²¹ *O problema do contrato*: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

²² Isso não retira da declaração negocial o posto de primeira e principal fonte normativa de qualquer contrato, pois, além de criar o vínculo jurídico, ela informa os principais elementos da relação jurídica e, por consequente, o modo pelo qual será estruturado o conteúdo normativo, cuja base reside no tipo contratual escolhido pelas partes.

²³ Quando as questões apresentadas para as partes são resolvidas pela aplicação dos próprios termos da declaração negocial, verifica-se a hipótese de autointegração. (PIERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 309).

²⁴ Custódio da Piedade Ubaldino Miranda esclarece: "A integração propriamente dita é uma forma de heterointegração que vai além da força expansiva ou lógica da declaração, destinando-se não só a colmatar as lacunas da regulamentação negocial, predisposta pelas partes, em matéria de efeitos jurídicos, mediante o recurso a normas supletivas, mas também a construir o regulamento negocial, mediante o recurso a outras fontes." (*Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 207.).

ignorar as bases de valoração aceita pelas partes, se não houver determinação legal em sentido contrário.²⁵ Conforme ensina Karl Larens, para a integração, “não deverá certamente o juiz pôr as suas próprias pautas de valoração no lugar das partes do contrato”.²⁶ A integração, pois, deve ser realizada no contexto do negócio singular em que se integra.²⁷

O artigo 7º da Lei nº 8.078 traz regra de integração normativa para a relação jurídica de consumo, relacionando, em caso de omissão da lei, os regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas, os princípios gerais do direito, a analogia, os costumes e a equidade.

Não traz, contudo, regra própria de integração para o contrato de consumo, tal qual faz o Código Civil italiano, que em seu artigo 1.374 dispõe: “O contrato obriga as partes não somente o quanto nele está expresso, mas ainda em todas as consequências que dele derivam segundo a lei, ou, na sua falta, segundo os costumes e a equidade.”.

Reconhece-se, contudo, a distinção entre a integração legal e a contratual, apontando-se, como evidencia, a exclusão da analogia do procedimento contratual,²⁸ até porque adotar a solução jurídica escolhida por outros contratantes poderia representar violação à liberdade de contratar. Outro argumento importante para a distinção é que, em relação ao contrato de consumo, existe fonte superior, como a própria lei, com supremacia em relação aos critérios indicados no artigo 7º da Lei nº 8.078/90.

Ademais, o próprio Código de Defesa do Consumidor contempla regras específicas de integração do contrato de consumo, como aquela disposta no artigo 30 da Lei nº 8.078/90, que reconhece a força vinculante das informações veiculadas pelo fornecedor e da publicidade.

Em sendo assim, relevante relacionar as fontes de integração contempladas no direito pátrio no que concerne ao contrato de consumo: a) a lei; b) a informação e a publicidade; c) as declarações das partes; d) os acordos coletivos; e) os códigos de autodisciplina; f) as normas das autoridades administrativas; g) os usos e costumes – as quais nos próximos itens serão objeto de análise específica, sem se olvidar de breves notas a respeito da hierarquia dessas fontes.

²⁵ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 168.

²⁶ *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 423.

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 191.

²⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 204.

3. A lei

A lei é a fonte por excelência da integração negocial, conforme ensina Custódio da Piedade Ubaldino Miranda: “Se a integração é, antes de mais, a integração dos efeitos, se os efeitos jurídicos decorrem da lei, embora sob a atuação do pressuposto de fato que é o negócio jurídico, nada mais natural que a omissão da regulamentação negocial, da disciplina jurídica correspondente às determinações predispostas pelas partes, seja suprida, pela mesma lei.”²⁹

A autonomia privada, portanto, na sua função de fonte do direito, não atua isoladamente, uma vez que sofre o concurso da lei, a qual integra o contrato de duas maneiras: uma em complementação da omissão das normas positivadas pelas partes e outra em substituição das cláusulas nas hipóteses em que a norma positivada pelas partes contraria os preceitos legais.

No que concerne às normas que compõem o sistema protetivo do consumidor, ostentam elas, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.078/90, natureza de ordem pública, o que, além do caráter preferencial,³⁰ implica a inafastabilidade dos preceitos legais pela vontade individual no âmbito do contrato de consumo. Independente de omissão na declaração negocial, os diversos direitos estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor integram automaticamente o contrato de consumo.

Trata-se da hipótese de integração cogente, mencionada por Massimo Bianca³¹, em que se determina coativamente o conteúdo da relação contratual, independente até de uma vontade diversa estabelecida contratualmente pelas partes.

Havendo omissão ou preceito contrário nas declarações das partes, ostenta, ainda assim, o consumidor o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação, nos termos do artigo 26, da Lei nº 8.078/90, o direito de ser indenizado pelo fato do produto ou do serviço, nos termos dos artigos 12 e 18 da Lei nº 8.078/90, o direito a ter a oferta cumprida, nos termos do artigo 30 da Lei nº 8.078/90, entre outros.

²⁹ *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 212.

³⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 48.

³¹ *Diritto civile: il contratto*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1984. v. 3, p. 472.

O Código de Defesa do Consumidor integra o contrato de consumo, mas isto não significa a exclusão das demais legislações, cuja aplicação também integrará subsidiariamente a relação jurídica contratual, quando não contrariar o sistema protetivo de consumo. Há, pois, o diálogo das fontes, consoante ensinamento de Claudia Lima Marques: “O CDC é lei especial das relações de consumo, mas não é exaustiva ou com pretensão de completude, como demonstra claramente o artigo 7º do CDC. Nas suas lacunas, naquilo que a lei especial não define, o sistema geral é chamado a regular – assim é o diálogo sistemático normal entre a lei geral e a lei especial, que de tão normal sequer nos damos conta.”³²

Em se tratando de integração do contrato pelas demais normas, não sendo o caso de norma cogente, verifica-se a hipótese de integração supletiva, conforme mencionado por Massimo Bianca,³³ em que se integra o contrato apenas se necessário, na ausência de preceito diverso estabelecido pelas partes.³⁴

Em relação à inafastabilidade dos preceitos legais cogentes do sistema protetivo, a declaração negocial submete-se a uma valoração legal, produzindo a autonomia privada efeitos jurídicos somente naquilo em que houver conformação às normas protetivas do consumidor, pois, em havendo contrariedade, necessária se fará a adequação do programa contratual aos valores vigentes no ordenamento jurídico.

Isto porque, o sistema normativo é dinâmico, nos termos do ordenamento jurídico em graus proposto por Kelsen,³⁵ e uma norma somente pertence ao sistema quando é produzida de acordo com o modo previsto na norma que institui o poder soberano (a chamada norma fundamental).³⁶

³² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 50.

³³ *Diritto civile*: il contratto. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1984. v. 3, p. 472.

³⁴ Nesse particular, Francesco Carnelutti ensina que os buracos do contrato fecham-se com um metal de diversa natureza, observando-se a existência da lei, como fonte de hierarquia superior dentre as demais e que tem, para o efeito de integração pronta, uma certa reserva de normas, precisamente por isso chamadas de normas supletivas. (*Teoria geral do direito*. Tradução de Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 201.).

³⁵ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 200.

³⁶ Na mesma linha de raciocínio a lição de Custódio Piedade Ubalдино Miranda, ao afirmar que a análise do contrato não pode deixar de partir do conceito do negócio como fonte de normas jurídicas hierarquicamente inferiores às normas legais. (*Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 63.).

Uma vez reconhecida, a cláusula ilícita deve ser excluída do contrato de consumo, pois estabelece o ordenamento jurídico a não produção de quaisquer efeitos.³⁷ Em regra, o contrato é válido, mas a cláusula ilícita é sacrificada.³⁸

Quanto à ilicitude da cláusula contratual, a contrariedade do preceito estabelecido pela autonomia privada pode decorrer não só das hipóteses de cláusulas abusivas elencadas no artigo 51 da Lei nº 8.078/1990, como também da não observância dos princípios do direito do consumidor consagrados no artigo 4º do CDC, dos direitos básicos do consumidor previstos no artigo 6º do CDC, ou de outros preceitos isolados, como aquele do artigo 54, §§ 1º a 4º, do CDC, que impõe a necessidade de se observar a clareza de redação e o destaque para as cláusulas limitadoras de direitos do consumidor.³⁹

Reconhecida a nulidade, sanção legal prevista no sistema do Código de Defesa do Consumidor para a cláusula ilícita, recebe-se o contrato de consumo com a ausência de uma preceito normativo, portanto, uma ou mais lacunas. Nesse ponto, aplica-se o disposto no § 2º, do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que impõe se esgotem os esforços de integração em relação aos efeitos do negócio.

Em um primeiro momento desses esforços de integração, buscar-se-á sanar as lacunas por meio de um dispositivo legal. Alguns desses direitos estão regulamentados na lei de maneira genérica e outros de maneira específica, com indicação de um parâmetro certo e determinado, de modo a representar o único critério, ou o limite máximo ou o limite mínimo a ser observado no negócio.

A limitação de multa de mora no montante correspondente a 2% do valor da prestação, prevista no § 1º, do artigo 52, da Lei nº 8.078/90, o direito de liquidar antecipadamente o débito decorrente de concessão de crédito ou financiamento, com redução proporcional dos juros, conforme previsão do § 2º, do artigo 52, da Lei nº 8.078/90, são exemplos de cláusulas que estabelecem todos os elementos de um preceito normativo correlato ao direito do consumidor de maneira mais

³⁷ SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 161.

³⁸ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 208.

³⁹ A análise das diversas situações que conduzem à ilicitude da cláusula contratual não será aprofundada, por configurar procedimento que se opera quando da qualificação do negócio jurídico e não diz respeito propriamente à integração do contrato de consumo.

específica e possibilitam a utilização da lei como fonte de integração do contrato de consumo.⁴⁰

Existe, ainda, a hipótese de o legislador não oferecer parâmetros casuísticos, mas genéricos, para a criação da norma que preencherá a lacuna da declaração negocial. São as cláusulas gerais, que representam derivação objetivada dos princípios jurídicos,⁴¹ aos quais se remetem. Consistem em normas jurídicas, cuja formulação da hipótese legal, caracterizada pela generalidade do enunciado normativo e indeterminação de conceitos, abrange e submete tratamento jurídico todo um domínio de casos.⁴²

Conferem abertura e mobilidade ao sistema jurídico, permitindo a atuação integradora judicial.⁴³ E, dentre os princípios jurídicos disciplinados nos artigos 4º, 5º e 6º, da Lei nº 8.078/90, merecem destaque a cláusula geral da boa-fé objetiva, a cláusula geral da justiça contratual e a cláusula geral da função social do contrato.

3.1. A cláusula geral da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva, ensina Judith Martins-Costa,⁴⁴ significa modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a este arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade.⁴⁵

⁴⁰ Trata-se de hipótese que José de Oliveira Ascensão classifica como de reação legal de consequências tabeladas, em relação às cláusulas inválidas. (*Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 223.).

⁴¹ Na lição de Judith Martins-Costa, as cláusulas gerais introduzem no ordenamento jurídico, os valores, as normativas constitucionais, as máximas de conduta, os arquétipos exemplares de comportamento e as diretrizes econômicas, sociais e políticas neles (princípios) consagrados.

⁴² JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1-7.

⁴³ Como ensina Judith Martins-Costa: “essa disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemento ou desenvolva normas jurídicas”. (O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto de Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 753, p. 25-48, jul. 1988.).

⁴⁴ *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1999. p. 411.

⁴⁵ Cláudio Luiz Bueno de Godoy traça a distinção entre as duas espécies de boa-fé: “Diferente da boa-fé subjetiva, que é um estado psicológico, um estado anímico de ignorância da antijuridicidade ou do potencial ofensivo de determinada situação jurídica, a boa-fé objetiva é uma regra de conduta, uma regra de comportamento leal que se espera dos indivíduos, portanto que com aquela não se confunde. (*Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 72.).

O acelerado desenvolvimento do capitalismo e o advento de uma sociedade de massa, marcada por evidentes abusos praticados por agentes econômicos em face de contratantes vulneráveis, sobretudo em países como o Brasil, justificaram a consagração legislativa desse princípio, a fim de se construir parâmetros gerais de conduta adequada aos contratantes, permitindo a existência de um instrumento hábil para coibir certos abusos.⁴⁶

E foi justamente o Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, o primeiro diploma legal brasileiro a contemplar essa previsão moderna da boa-fé objetiva.

Comumente, são reconhecidas três funções básicas à boa-fé objetiva, em matéria contratual: a) a interpretativa; b) a corretiva (ou de controle do contrato) e c) a integrativa,⁴⁷ observando-se que as duas últimas interessam ao objeto do presente trabalho.⁴⁸

Em relação à função corretiva, a boa-fé objetiva, na medida que exclui a parte ilícita da declaração negocial, também integra o contrato estabelecendo o preceito a ser observado pelos contratantes segundo o padrão adequado de comportamento.⁴⁹

Em se observando alguma declaração ou comportamento violadores da boa-fé, o aplicador do direito deve estabelecer o preceito a ser observado, servindo a boa-fé, neste raciocínio, como fonte integrativa do contrato de consumo, destacando-se, na doutrina, as seguintes hipóteses:

⁴⁶ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.

⁴⁷ Conforme Cláudio Luiz Bueno de Godoy, mencionando tríplice função encontrada na lição de Franz Wieacker. (*Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76.).

⁴⁸ Quanto à primeira função, a boa-fé atua como critério hermenêutico, exigindo que a interpretação das cláusulas contratuais privilegie sempre o sentido mais conforme à lealdade e à honestidade entre as partes. Proíbe-se, assim, a interpretação que dê a uma disposição contratual um sentido malicioso ou de qualquer forma dirigido a iludir ou prejudicar uma das partes, em benefício da outra.

⁴⁹ Em virtude disso, Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber reduzem as três funções a apenas duas: a) a função interpretativa dos contratos e b) a função criadora de deveres. (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29-44.).

a) *exceptio doli generalis*: representa limite ao direito subjetivo, possibilitando àquele que for demandado judicialmente opor, em defesa, o dolo de quem demanda pelo que deverá devolver, ou seja, quem através do dolo levar a outra parte a cair em situação desvantajosa, abusa;⁵⁰

b) *tu quoque*: representa limite ao direito subjetivo, evitando que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, às normas que ela própria violou. Expressão cuja origem está o grito de dor de Júlio Cesar, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida (*Tu quoque, Brute, fili mi?*);⁵¹

c) *venire contra factum proprium*: representa limite ao direito subjetivo, impossibilitando de exercitá-lo em contradição com comportamento anterior, externado pelo próprio indivíduo;⁵²

d) *verwirkung (suppressio)*: representa limite ao direito subjetivo, em virtude de um comportamento do titular que traduza a intenção de não mais exercer o direito, criando na outra parte a confiança por este estado de coisas e a vantagem injusta derivada do exercício tardio;⁵³

e) *erwirkung (surrectio)*: representa fonte de direito subjetivo, configurando o reverso da *verwirkung*, enquanto criador de um direito para a parte, em virtude de um comportamento do outro contratante;⁵⁴

f) *exercício desequilibrado de direito*: engloba, segundo Menezes Cordeiro, três hipóteses: o primeiro é o exercício danoso inútil do direito, ou seja, o caso daquele titular que exercita o direito sem proveito pessoal algum e de modo a causar dano a outrem (abuso do direito). O segundo manifesta-se pela exigência, que alguém faz, daquilo que deva restituir (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*). O terceiro é a hipótese em que existe desproporção entre a vantagem auferida pelo titular do direito exercido e o sacrifício com isto imposto a outrem, como o exercício de faculdades sancionatórias diante de faltas insignificantes, que não causam prejuízo.⁵⁵

⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 234.

⁵¹ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Op. cit., p. 88.

⁵² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Idem, p. 89.

⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Idem, p. 236.

⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Idem, p. 237.

⁵⁵ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. Idem, p. 93.

Por fim, no que tange à função eminentemente integrativa, ensina Cláudio Luiz Bueno de Godoy que a boa-fé, além de dar suporte à colmatção de lacunas do contrato, cria o que se vem chamando de deveres jurídicos acessórios, laterais, instrumentais ou secundários.⁵⁶

Menezes Cordeiro⁵⁷ classifica em três gêneros esses deveres acessórios: a) os deveres acessórios de proteção, que obrigam as partes a evitar, no âmbito do contrato, a ocorrência de danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios; b) os deveres acessórios de esclarecimento, que obrigam as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possa advir, o campo mais produtivo no domínio do dever de esclarecimento é o dos contratos de prestação de serviços médicos; c) os deveres acessórios de lealdade, que obrigam as partes a se absterem de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado. São exemplos: dever de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro; dever de sigilo face a elementos obtidos por via da pendência contratual e cuja divulgação possa prejudicar a outra parte; dever de atuação com vistas a preservar o objetivo e a economia contratuais.⁵⁸

Esses deveres acessórios, laterais ou secundários não se vinculam à vigência do contrato, pois, como observa Carlyle Popp:

É o contato social que propicia o surgimento de deveres de conduta, desde antes da celebração do contrato, em que se desenvolvem as negociações contratuais, mas regidas pelos princípios do contrato, mesmo em termos de responsabilidade, de resto como sucede com a oferta e a publicidade, e o que se estende à fase posterior ao ajuste.⁵⁹

⁵⁶ *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.

⁵⁷ *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 604-606.

⁵⁸ A não observância dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva representa hipótese de violação positiva do contrato, de modo a fundamentar não só a resolução do negócio jurídico, como também o pagamento de indenização pelos danos suportados. (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 273.).

⁵⁹ Apud Cláudio Luiz Bueno de Godoy in: *Função social do contrato*: os novos princípios contratuais, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 85.

3.2. A cláusula geral da justiça contratual

A equidade contratual representa o estabelecimento de equilíbrio entre as prestações das partes, eliminando-se a injustiça eventualmente existente no contrato. A equidade contratual, portanto, é sinônimo de justiça contratual. Não se confunde, pois, com a equidade, que corresponde ao poder conferido ao Juiz para abrandar o rigor da lei, conforme ensina Custódio da Piedade Ubaldino Miranda.⁶⁰

Durante longo período, posterior à Revolução Francesa, o simples fato de o contrato ser fruto da liberdade dos contratantes já representava um contrato justo, o que consagrou a expressão *qui dit contractual dit juste*.⁶¹

Ocorre que a justiça decorrente da autonomia da vontade só pode funcionar quando cada parte aprecia conveniente seus interesses, e, ademais, quando está em situação de impor aquilo que considera como imprescindível para seu interesse ou de recusar o contrato oferecido, o que não ocorre na sociedade de massa atual em relação aos contratos de consumo, em virtude da vulnerabilidade do consumidor.⁶²

No que diz respeito ao procedimento cognoscitivo do contrato, o princípio da justiça contratual pode atuar tanto na qualificação, momento em que valida ou não os efeitos das cláusulas contratuais, como na fase de integração, a fim de estabelecer, em substituição ao dispositivo contratual que considerou inválido, em virtude do desequilíbrio, um outro preceito a ser observado pelas partes.

A desproporção das posições jurídicas pode ser originária ou superveniente, como ensina José de Oliveira Ascensão.⁶³ O artigo 6º,

⁶⁰ *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 216.

⁶¹ Enzo Roppo esclarece que, nesse sistema, se considerava que a justiça da relação era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo do contrato corresponder à vontade livre dos contratantes. Prevalciam as teorias econômicas traduzidas na diretiva do *laissez-faire, laissez-passar*, deixando livre curso às iniciativas, aos interesses e aos egoísmos individuais, sem a intervenção autoritária do poder público. Esse raciocínio contempla a lógica de uma justiça contratual alicerçada no equilíbrio subjetivo entre os contratantes. (*O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 35.).

⁶² A noção de vulnerabilidade no direito, segundo Bruno Miragem, associa-se à identificação de fraqueza de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidade que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. (*Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 66.).

⁶³ *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 207.

inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, reconhece as duas hipóteses autorizando a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, que é o instituto da lesão (desproporção originária), ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas, que representa a figura da onerosidade excessiva (desproporção superveniente).

O preceito que o aplicador do direito utilizará para sanar a lacuna, decorrente da cláusula ilícita que acarreta a desproporção das prestações, deve atender o conteúdo dos postulados da justiça contratual mencionados por Fernando Rodrigues Martins⁶⁴: a) a reciprocidade, que representa uma carga de correlação quanto às prestações assumidas no programa contratual e demonstra um perfil quantitativo e formal mais ligado à simetria no contrato; b) a comutatividade, que exige uma sociedade entre as partes com um objetivo específico e ensejador de vantagens mútuas; c) a equivalência material, a qual tem papel na busca da igualdade dos valores e encargos nas prestações correlativas; d) a proporcionalidade, critério informador do princípio da justiça contratual não apenas quanto aos deveres de prestação, tendo por especial vocação incidir na relação de causalidade entre um meio e um fim; e) a proibição de enriquecimento sem causa, postulado que advém do dever de restituição daquele que numa relação jurídica enriqueceu desprovido de quaisquer fundamentos, gerando, por determinado nexo de causalidade, o empobrecimento da contraparte; f) a função social do contrato, que é multifuncional, já que pode se manifestar na imposição do solidarismo com vistas à tutela da dignidade da pessoa humana, na efetividade do estipulado pelas partes em relação a terceiros e na resolução do contrato por falta de finalidade e g) a distribuição equitativa de riscos e ônus, que tem especial projeção para a justiça contratual, pois auxilia, de forma qualitativa, na indicação daquele que suportará o dever de indenizar advindo de danos ou na inexecução espontânea do contrato.⁶⁵

⁶⁴ *Princípio da justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 396-397.

⁶⁵ Cláudio Luiz Bueno de Godoy enfatiza o terceiro e o último critérios indicados acima para a obtenção da justiça contratual, afirmando que pela equivalência objetiva entre prestação e contraprestação, procura-se garantir que, entre ambas as partes, haja um valor sensivelmente correspondente, ou seja razoavelmente aproximado, o que não se deve medir pela avaliação que fizeram as partes e pela equitativa distribuição dos ônus e riscos, uma equilibrada repartição, entre os contratantes, de benefícios e encargos contratuais. (*Função social do contrato: os novos princípios contratuais*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36-39.).

De se observar que a justiça contratual não se restringe ao aspecto econômico, incidindo os postulados também no aspecto jurídico do contrato.⁶⁶

Aliás, o princípio da justiça contratual no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, na medida que busca estabelecer o equilíbrio, não significa favorecimento somente ao consumidor, havendo o artigo 53, § 2º, da Lei nº 8.078/90 que confere a possibilidade de o fornecedor descontar dos valores a restituir ao consumidor, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.⁶⁷

3.3. A cláusula geral da função social

O sistema de proteção ao consumidor contempla ainda o atendimento da função social do contrato, explicitado no Código de Defesa do Consumidor, no inciso XIV, do artigo 51, da Lei nº 8.078/90. Mais do que proteger um dos autores da relação de consumo, busca-se a tutela geral da sociedade: “o contrato de consumo não pode violar os sistemas das relações de consumo e do meio ambiente”.⁶⁸ É o chamado consumo sustentável, em que se busca “o necessário equilíbrio entre essas duas realidades, a fim de que a natureza não se veja privada de seus recursos o que, em consequência, estará a ameaçar a própria sobrevivência do ser humano neste planeta”.⁶⁹

⁶⁶ Na lição de Claudia Lima Marques: “não se trata de equilíbrio apenas econômico do contrato de consumo, o que seria uma visão limitada da noção de equidade contratual imposta pelo Código de Defesa do Consumidor. A noção há de ser mais ampla, pois o que se quer é o reequilíbrio total da relação, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno. O desequilíbrio significativo de direitos e deveres, em detrimento do consumidor, na relação contratual vista como um todo passa a ser indício de abuso, a chamar a ação reequilibradora do novo direito contratual em sua visão social”. (*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 241-242.).

⁶⁷ Oportuna a lição de Humberto Theodoro Júnior, ao esclarecer que não se pode ignorar a função primária e natural do contrato, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, não uma função de “assistência social”. Um contrato oneroso e comutativo não pode, por exemplo, ser transformado por revisão judicial em negócio gratuito e benéfico. Por mais que o indivíduo mereça assistência social, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. (*Direitos do consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 290.).

⁶⁸ MALFATTI, Alexandre David. *Cláusulas abusivas no CDC*. Artigo fornecido em aula no 1º Curso de Especialização em direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura.

⁶⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 12.

Uma segunda decorrência da aplicação da cláusula geral da função social diz respeito ao reconhecimento da aplicação direta do princípio da dignidade da pessoa humana em relação aos contratos, no que toca à vida ou àquele mínimo exigido para a subsistência.⁷⁰ Lembra-se, para exemplificar, do famoso caso da jurisprudência francesa, em que, sob o fundamento da tutela da dignidade da pessoa humana, proibiu-se o estranho espetáculo de arremesso de um anão, passado em casa noturna, para deleite dos clientes, em que pese o consentimento dos envolvidos.⁷¹

A função social do contrato representa, em síntese, a ideia de que o negócio jurídico deve ser funcionalizado, isto é, elaborado, interpretado e integrado, sempre de forma a não causar influência negativa no meio social, bem como observado por terceiros, dos quais se exige que respeitem as situações jurídicas anteriormente constituídas, ainda que as mesmas não sejam providas de eficácia real.⁷²

4. A informação e a publicidade

Estabelece o artigo 30 da Lei no 8.078/90 que toda informação ou publicidade suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utiliza e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Bruno Miragem define publicidade, segundo o artigo 2º da Diretiva 84/450/CE, de 10 de setembro de 1984, como “qualquer forma de comunicação feita no âmbito duma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, tendo por fim promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo os bens imóveis, os direitos e as obrigações.”⁷³

⁷⁰ Antonio Junqueira de Azevedo, in: Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 185.

⁷¹ Exemplo mencionado por Claudio Luiz Bueno de Godoy, in: *Função social do contrato: os novos princípios contratuais*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 127.

⁷² COSTA, Pedro Oliveira da. *Apontamentos para uma visão abrangente da função social dos contratos*. TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 45-68.

⁷³ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 168.

A informação abrange toda forma de publicidade, mas é mais ampla, representando, conforme lição de Rizzato Nunes: “a fala ou resposta do gerente do banco, do funcionário do atendimento telefônico, da administradora do cartão de crédito, o preço dado pelo feirante, ‘de boca’, para o consumidor, do recepcionista no hotel, são os dados técnicos apresentados, nas embalagens e rótulos dos produtos, enfim, é qualquer informação oferecida por todo e qualquer meio de comunicação escrita, verbal gestual etc., que chegue ao consumidor.”⁷⁴

Não há distinção, contudo, em relação ao efeito jurídico de ambas, pois tanto a informação quanto a publicidade obrigam o fornecedor que a fizer ou dela se utilizar, integrando o contrato celebrado. É o princípio da vinculação.

Bruno Miragem relaciona as cinco tarefas a serem realizadas pelo anúncio publicitário: 1) chamar atenção; 2) despertar o interesse; 3) estimular o desejo; 4) criar convicção; 5) induzir à ação.⁷⁵ Representa, pois, a arte de criar, no público, a necessidade de consumir, sendo ferramenta importante e necessária na atual economia de mercado.

A publicidade, na realidade, representa uma equação de poder, na medida em que, quando não só influência, acaba por determinar o comportamento contratual do consumidor.⁷⁶

O fornecedor, na publicidade, se por um lado, escolhe todos os dados que serão apresentados ao consumidor, formando um conjunto de ideias, por outro lado, também estabelece quais as mensagens que não deseja apresentar, afastando da análise do consumidor todas as ideias que desestimulem a aquisição dos produtos ou serviços.

Com ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “na raiz da força obrigatória da mensagem publicitária está o reconhecimento pelo Direito do poder de influência desse instrumento promocional nas decisões dos consumidores: a publicidade cria expectativas – legítimas – que precisam ser protegidas. Negar essas expectativas é fazer do

⁷⁴ *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 415.

⁷⁵ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 168-169.

⁷⁶ Oportuno lembrar a lição de Norberto Bobbio quando menciona que, além do poder estatal, existem outros dois relevantes poderes atuantes na sociedade, a saber, o poder econômico (posse dos instrumentos de produção) e o poder ideológico (posse dos instrumentos de formação de ideias), sendo que o fornecedor muitas vezes concentra em suas mãos esses dois, ante a grande repercussão dos meios de comunicações utilizados para a divulgação das informações publicitárias. (*Da estrutura à função*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007. p. 75.).

princípio da confiança letra morta e, a partir daí, desacreditar o próprio mercado. [...] O princípio da vinculação publicitária, portanto, é uma reação direta ao potencial persuasivo das técnicas de *marketing*, que transformam e ampliam, profundamente, a feição da oferta e do consentimento clássicos. Nada mais normal, então, que se lhe reconheça valor contratual.”⁷⁷

Nessa concepção, as informações apresentadas pelo fornecedor ganham a natureza de proposta, na situação de oferta, passando assim a integrar o contrato quando suficientemente precisas (art. 30 CDC).⁷⁸

⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 278.

⁷⁸ O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico na aplicação do princípio da vinculação, valendo transcrever esclarecedor acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, nos autos do Recurso Especial nº 341.405-DF (2001/0101517-3), da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A questão posta a debate pelos recorrentes consiste em aferir se a oferta publicitária veiculada pelo recorrido reveste-se de força vinculativa, nos termos preconizados pelo Código de Defesa do Consumidor. As práticas comerciais abrangem as técnicas e métodos utilizados pelos fornecedores para fomentar a comercialização dos produtos e serviços destinados ao consumidor. Acabam, pois, por alimentar a sociedade de consumo. Entre essas encontra-se o *marketing*, que além dos mecanismos de incentivo às vendas (liquidações, promoções, descontos, cupons, ofertas combinadas, etc.), compreende também a publicidade. Na medida em que, na sociedade de consumo, as relações jurídicas travadas ascendem do nível pessoal ao social, inserindo em seu contexto interesses comuns, se tornou imperiosa a intervenção do Estado nessas relações de modo a compatibilizar o direito à utilização do *marketing* pelo fornecedor com a defesa do consumidor. A publicidade realizada pelo fornecedor tem o objetivo de divulgar seus produtos e/ou serviços e ofertá-los aos consumidores. A oferta, nesse caso, difere da oferta a que faz alusão o art. 1.080 do CC. Porquanto destinada à sociedade de consumo, fez-se necessário atribuir à publicidade certo valor contratual, ainda que não fosse instrumento do contrato e tivesse mero conteúdo indicativo. Atento à possibilidade de que a veiculação desvirtuada da publicidade viesse a prejudicar os consumidores, o legislador assegurou a tutela da sociedade de consumo através do preceito legal insculpido no art. 30 do CDC, *verbis*: “*Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado*”. Trata-se do princípio da vinculação, um dos princípios informadores do *marketing*, que se aplica não somente à oferta, mas também à publicidade. Segundo o escólio de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin (Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1995, pp. 176-177), “*dois requisitos básicos devem estar presentes para que o princípio atue. Em primeiro lugar, inexistirá vinculação se não houver ‘exposição’. Uma simples proposta que, mesmo colocada no papel, não chegue ao conhecimento do consumidor, não obriga o fornecedor. Em segundo lugar, a oferta (informação ou publicidade) deve ser suficientemente precisa, isto é, o simples exagero (puffing) não obriga o fornecedor. (...) A vinculação age de duas maneiras: obrigando o fornecedor mesmo quando ele se nega a contratar ou, diferentemente, introduzindo-se em contrato eventualmente assinado.*” No caso *sub examen*, consta do recibo de sinal firmado pela recorrente que o financiamento do valor restante a ser pago pelo imóvel será financiado pela CEF, nos seguintes termos: “*Declara ainda concordar que o saldo restante seja financiado pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – Filial de Brasília, cujo valor será utilizado para amortização do seu saldo devedor junto à CEF, bem como os recursos utilizados do FGTS, quando da apresentação do traslado da escritura, devidamente registrada na RGI competente.*” Consta tam-

Essa nova qualificação jurídica configura medida necessária para reequilibrar as relações de mercado, tendo em vista o aprimoramento das estratégias de *marketing*, considerado-se como tal todos os meios, técnicas e instrumentos utilizados pelo fornecedor para fomentar a venda de seus produtos e serviços, o que acentua a vulnerabilidade do consumidor, em especial, no aspecto psicológico.

De se observar que as referidas informações integram o contrato não apenas nas lacunas do negócio, mas também substituem as cláusulas, cujo conteúdo for menos vantajoso para o consumidor quando comparado com o conteúdo da informação publicitária.⁷⁹

São dois os pressupostos para a integração da informação: 1) a veiculação, ou seja, que ela tenha sido exposta e chegado ao conhecimento do consumidor e 2) seja suficientemente precisa.⁸⁰

bém do panfleto veiculado pelo recorrido a mesma afirmação, o que vem a corroborar o fato de que efetivamente houve publicidade no sentido do financiamento exclusivo pela CEF. Confirma-se à fl. 244 dos autos da ação cautelar que, além da destacada expressão “FINANCIAMENTO CAIXA ECONÔMICA FEDERAL”, utilizando-se, inclusive, da logomarca da aludida empresa pública, ainda ressaltou-se: “financiamento garantido”. Verifica-se, pois, que a oferta foi suficientemente precisa, sem qualquer exagero ou absurdidade, e chegou ao conhecimento dos recorrentes que, seguros da possibilidade de adquirirem um imóvel nos moldes preconizados pelo recorrido, firmaram contrato de compra e venda das unidades residenciais. Isso certamente não teria ocorrido se tivessem conhecimento de que apenas parte do financiamento seria concedido pela CEF. Outrossim, é de se ressaltar que o fornecedor, quando da divulgação de publicidade atinente aos produtos e/ou serviços que comercializa, deve agir com o mínimo de prudência, de modo a clarificar para o consumidor em que condições reais o negócio se realizará. Não prospera a afirmação do recorrido de que não dependeria desse a aprovação do financiamento junto à CEF, porquanto a veiculação do panfleto acerca do produto oferecido criou legítima e inquestionável expectativa para os recorrentes. Ciente do fato de que não teria possibilidade de conceder os financiamentos da forma que anunciara, deveria o recorrido ter agido com cautela na divulgação da publicidade, apondo na peça informativa a ressalva de que a obtenção do financiamento estaria condicionada à aprovação do agente financeiro. Dada a força vinculativa da oferta divulgada pelo recorrido, aplica-se ao caso em análise o art. 35, I, do CDC, nos termos do pedido formulado pelos recorrentes na petição inicial. Forte em tais razões, CONHEÇO dos presentes recursos especiais pelas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, e DOU-LHES PROVIMENTO para julgar procedentes os pedidos formulados pelos recorrentes, restabelecendo-se a r. sentença. Deverá o recorrido financiar o restante do saldo devedor dos imóveis adquiridos nas mesmas condições e prazos de financiamento concedidos pela CEF, inclusive no que diz respeito ao plano de equivalência salarial, desde que os mutuários preencham os requisitos estabelecidos pela CEF, entre esses o de possuir renda compatível com o financiamento.”

⁷⁹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 276.

⁸⁰ A doutrina tem feito ressalva ao *puffing* em relação ao princípio da vinculação da informação. O *puffing* representa a publicidade com expressões exageradas, como “o melhor do mundo”, “o maravilhoso”, situação que não permite a verificação objetiva. Ver. Bruno Miragem, Rizzato Nunes, dentre outros.

O regime da oferta do Código de Defesa do Consumidor é diverso do regime de oferta do Código Civil. Rizzato Nunes indica algumas distinções, iniciando pelo conteúdo do artigo 427 do Código Civil, o qual possibilita o proponente se esquivar da oferta, de modo a não existir vinculação, situação não admitida no sistema consumerista. Além disso, para obrigar o solicitante, a oferta tem de ser firme e completa, precisando a coisa que está sendo oferecida à venda e compra, bem como ter preço certo. Não é o que ocorre no regime do Código de Defesa do Consumidor, cuja vinculação pressupõe apenas que a informação seja suficientemente precisa.⁸¹

O erro na informação publicitária não serve de escusa do cumprimento da oferta para o fornecedor. Assim, se, em um anúncio, o fornecedor indica um preço menor que aquele que seria o efetivo do produto, em regra, fica vinculado à informação, devendo realizar a venda do bem pelo valor anunciado e não por aquele que seria o real. Observa-se, nesse caso, o princípio da vinculação.

A doutrina, entretanto, tem estabelecido o princípio da boa-fé como limite ao princípio da vinculação. Exemplifica Rizzato Nunes⁸² que seria impossível propugnar por uma relação jurídica, como a do exemplo da oferta da TV por apenas R\$ 5,00, na qual o bom senso não imperasse. Isto porque, a relação jurídica de consumo está fundada sobre dois princípios: da boa-fé e do equilíbrio. Eles são pressupostos de toda relação estabelecida.⁸³

Enfim, caso o fornecedor se recuse a cumprir a oferta veiculada no anúncio publicitário, aplicável o artigo 35 da Lei nº 8.078/90.

⁸¹ *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 414.

⁸² *Idem*, p. 417.

⁸³ O entendimento da jurisprudência não tem sido diferente, como se destaca do acórdão relatado pelo Desembargador Elliot Akel, nos autos da Apelação nº 9069530-94.2007.8.26.0000, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “Não se pode dar interpretação literal ao artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, que deve ser analisado ante o conjunto de princípios consumeristas, como os da lealdade, boa-fé, transparência e respeito, que vinculam os envolvidos na relação de consumo. Assim, não se pode afirmar que a oferta obriga a contratação, pois a interpretação do supracitado artigo não se subsume em si mesma. Não há possibilidade de engano ou equívoco por parte da autora, de sorte que a propaganda não pode ser tida como enganosa e tampouco abusiva, nos termos da lei. O erro, por ser grosseiro e reconhecível de pronto pela própria requerida, não pode vinculá-la, sob pena de causar enriquecimento indevido ao consumidor, no caso, à autora. Outrossim, os Tribunais já têm entendimento consolidado no sentido de que, sendo o erro grosseiro, afasta-se a boa-fé necessária ao princípio da vinculação do policitante à oferta.”.

5. Declarações das partes

O artigo 48 da Lei nº 8.078/90 regula a fase pré-negocial do contrato de consumo, afirmando que “as declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos”. Reforça, segundo Claudia Lima Marques, a nova noção de conteúdo do contrato disposta no art. 30 do CDC.⁸⁴

Certamente, as declarações realizadas somente vinculam o emittente, o que significa que se o consumidor houver realizado também declarações deve restar vinculado a elas. Com efeito, a norma de integração não deve ser interpretada sem observância do princípio da boa-fé objetiva.

E não somente as declarações escritas podem integrar o contrato de consumo, como também a linguagem empregada entre as partes nas suas conversas, trocas de correspondência, as atitudes e comportamentos, conforme salienta Luciano Benetti Timm.⁸⁵

Trata-se de realizar a máxima efetivação do princípio da confiança, que está na base dos comportamentos sociais e individuais. E, na lição de Menezes Cordeiro, a confiança exprime a situação em que uma pessoa adere, em termos de atividade ou crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efetivas.⁸⁶

6. Os acordos coletivos

Uma importante fonte de integração do contrato é representada pelos contratos coletivos, pois, conforme salienta Pietro Perlingieri, o legislador descobriu não apenas que a contratação coletiva constitui a forma atualizada da autonomia privada em épocas de contratação em massa, conseguindo, senão corrigir, certamente limitar as distorções que esta última acarreta às regras do jogo contratual, mas também que

⁸⁴ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 641.

⁸⁵ *Common law e contract law: uma introdução ao direito contratual norte-americano*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 871, p. 11-35, maio 2008.

⁸⁶ *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1234.

ela pode revelar-se um instrumento útil para a realização de importantes objetivos de política de direito.⁸⁷

O Sistema de Proteção ao Consumidor estabelece duas modalidades de contratação coletiva: a) a convenção coletiva de consumo, prevista no artigo 107 do Código de Defesa do Consumidor, na qual participam as associações de fornecedores ou sindicato de categoria econômica e as entidades civis de consumidores e b) o termo de ajustamento de conduta, da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, com a redação que lhe foi dada pelo artigo 113 do Código de Defesa do Consumidor.

Explica Roberto Senise Lisboa que a convenção coletiva de consumo é negócio jurídico por meio do qual as entidades representativas dos interesses de fornecedores e de consumidores ajustam cláusulas de interesses destas categorias de pessoas, com poderes outorgados por lei e eficácia perante terceiros, desde que preenchidos os requisitos legais.⁸⁸

Exige-se legitimação específica, nos termos do artigo 107 da Lei nº 8.078/90, por meio das associações de fornecedores ou sindicato de categoria econômica e as entidades civis de consumidores, com prévia autorização dos filiados para celebração (estatutos ou assembleia-geral), observando-se, ainda, conforme ressalta Daniel Roberto Fink, a pertinência do objeto, ou seja, a atividade do celebrante deve ser compatível com a relação de consumo que se pretende convencionar.⁸⁹ É negócio jurídico formal, que exige forma escrita e registro no Cartório de Títulos e documentos para a eficácia de seus termos, conforme § 1º, do artigo 107, da Lei nº 8.078/90.

A convenção coletiva somente obriga os filiados das entidades, não se eximindo aqueles que se desligarem após a convenção celebrada. O artigo 107, § 3º, da Lei nº 8.078/90, esclarece Roberto Senise Lisboa, consagra o princípio da inafastabilidade dos efeitos da convenção sobre os fornecedores que se encontravam filiados à entidade que representou seus interesses, à época em que o ajuste foi efetivado.⁹⁰ Essa

⁸⁷ *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 311.

⁸⁸ *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 410.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 844.

⁹⁰ *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 412.

inafastabilidade, contudo, somente incide em relação ao fornecedor, conforme ressalva realizada por Daniel Roberto Fink, pois, em caso de desligamento da entidade celebrante, o consumidor, pela liberalidade e pela sistemática adotada no Código de Defesa do Consumidor, fica desobrigado de seus termos.⁹¹

As regras da convenção beneficiam os consumidores filiados, mas nada impede que não filiados venham a pleitear idêntico benefício constante da convenção coletiva, ainda que representados por entidades outras de tutela dos interesses difusos. Facilita-se, assim, a possibilidade de extensão dos efeitos da convenção a outros interesses, individuais, individuais homogêneos e difusos.⁹²

Quanto ao objeto da convenção coletiva, podem ser estabelecidas as condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e à composição do conflito de consumo.

O compromisso de ajustamento de conduta, por seu turno, na lição de Ana Luiza de Andrade Nery, é a “transação híbrida, lavrada por instrumento público ou privado, celebrado entre o interessado e o poder público, por seus órgãos, ou por seus agentes políticos, legitimados à propositura da ação civil pública, por cuja forma se encontra a melhor solução para evitar-se ou para pôr fim à demanda judicial, que verse sobre ameaça ou lesão a bem de natureza metaindividual.”⁹³

Ensina Bruno Miragem que se trata de uma prerrogativa dos órgãos públicos legitimados para a interposição da ação civil pública, a opção por celebrar Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), o qual é revestido da qualidade de título executivo extrajudicial. A vantagem desse instrumento está justamente no estabelecimento de um vínculo jurídico com o autor do ilícito, o qual terá eficácia executiva. Isto significa que uma vez tendo sido desrespeitada pelo particular qualquer das obrigações com as quais se comprometeu na celebração do Termo, o órgão público com o qual tiver celebrado o mesmo poderá, comprovada a existência da obrigação e seu descumprimento, executar as sanções nele previstas.⁹⁴

⁹¹ Idem, p. 844.

⁹² LISBOA, Roberto Senise. Idem, p. 201.

⁹³ *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 206.

⁹⁴ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 480.

No âmbito do contrato de consumo, José Geraldo Brito Filomeno justifica a utilização do termo de ajustamento quando se cuida de cláusulas contratuais e práticas comerciais, notadamente nos contratos de adesão, pois flagrante o estado de vulnerabilidade do consumidor-aderente, já que não lhe cabe impugná-lo previamente, para que não se comprometa em prejuízo de seu patrimônio. Além disso, menciona o ensino de Mauro Cappelletti que afirma: “o consumidor que compra um produto com pequeno defeito equivalente a um dólar, não pode se defender individualmente, eis que aí se trata de um interesse fragmentado. Mas, enfatiza, se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar, serão milhões de dólares, e não apenas um, pois milhares, centenas de milhares ou milhões de consumidores estarão comprometidos, chegando à conclusão de que, além dos interesses individuais de cada consumidor, há interesses difusos e coletivos, a demandar tratamento mais eficaz e, sobretudo, rápido.”.⁹⁵

A convenção coletiva de consumo e o compromisso de ajustamento atuam paralelamente ao contrato individual e, conforme lição de Bruno Miragem,⁹⁶ em nenhuma hipótese, há concessões de direitos do consumidor por parte do órgão legitimado, exigindo-se subordinação aos preceitos legais.

Isso significa que os contratos coletivos não podem contemplar cláusula que impeça a eficácia ou aplicação dos mandamentos do Código de Defesa do Consumidor, uma vez que este tem caráter de ordem pública, não sendo cabível seu afastamento por disposição das partes. Em relação aos contratos individuais, representam, pois, um padrão mínimo para a garantia dos direitos dos consumidores.

7. Os códigos de autodisciplina

O fenômeno da chamada autodisciplina contribui para refletir sobre uma nova teoria das fontes, que considere a autorregulamentação de categoria como instrumento estrutural de produção de regras

⁹⁵ *Tutela coletiva do consumidor: avaliação da sua efetividade vinte anos após a edição da lei da ação civil pública*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *AAção Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 309.

⁹⁶ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 480.

eficazes, inclusive para além do âmbito determinado de sujeitos que as estabelece.⁹⁷

O Código de Autodisciplina configura aquela norma elaborada pelo órgão de classe, ou pelo próprio legislador, para reger as condutas de uma determinada categoria profissional no que diz respeito ao desempenho da referida profissão.

Da análise dos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/90, constata-se que o Código de Defesa do Consumidor estabelece parâmetros, como ensina Claudia Lima Marques, tanto para os contratos envolvendo obrigações de dar, de transferir a propriedade ou somente a posse do bem, denominados *contratos de fornecimento de produtos*, quanto para os contratos envolvendo obrigações de fazer, denominados genericamente de *contratos de prestação de serviços*.⁹⁸

As duas modalidades de contratos de consumo mencionadas (de fornecimento de produtos e de prestação de serviços) decorrem, em regra, do trabalho desempenhado por um profissional, cuja atividade é submetida a determinados regramentos de seu órgão de classe, com destaque para o contrato de prestação de serviço.

Em relação ao consumidor, os engenheiros e arquitetos, na execução de seus projetos e obras, observam as normas do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia; os médicos, nos atendimentos, diagnósticos, tratamentos e cirurgias, as normas do Conselho Federal de Medicina; os dentistas, as normas do Conselho Federal de Odontologia; os psicólogos, em suas consultas e tratamentos, as normas do Conselho Federal de Psicologia, etc.

São regras de técnica e postura profissional que estabelecem as condutas necessárias para a boa prática da profissão e relaciona direitos e deveres correlatos.

Em princípio, o contrato de consumo indica qual seu objeto, ou seja, o fornecimento de produto ou serviço por profissionais, mas não chega a descrever a postura técnica e ética relacionada ao saber especializado do referido fornecedor e que deverá ser observada no cumprimento da obrigação pactuada. Existe, pois, uma lacuna no negócio jurídico.

⁹⁷ PIERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 314-315.

⁹⁸ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 358-359.

No entanto, em que pese a omissão no contrato, tais regras incidem sobre o negócio jurídico, norteadas pela conduta do profissional, o qual, em caso de não observância das técnicas aplicáveis, responderá por sua desídia, caracterizadora de infração contratual.⁹⁹

Por certo, a não observância dos preceitos éticos, ou seja, das normas profissionais pelo fornecedor configura a hipótese de violação positiva da obrigação contratual, de modo a fundamentar não só a resolução do negócio jurídico, como também o pagamento de indenização pelos danos suportados.¹⁰⁰

O aplicador do direito pode, portanto, se valer dos códigos de autodisciplina como fonte de integração, até porque, como ensina Pietro Perlingieri, tais normas não dizem respeito apenas a uma classe ou uma

⁹⁹ Em se tratando de atividade médica, por exemplo, Rui Stoco ensina que o profissional da área está sujeito às normas de conduta médica e até mesmo de comportamento pessoal, cujas regras estão estabelecidas no Código de Ética Médica, posto em vigor pela Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.931, de 17.09.2009 e no Código de Procedimento Ético Profissional, posto em vigor pela Resolução do CFM 1.897/2009, trazendo as seguintes observações: “O médico tem o dever de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, dever esse consubstanciado em um Código que dita o seu comportamento moral e ético, ao qual deve respeito e obrigação. Portanto, essa exigência e cuidado devem ser estabelecidos segundo o atual estágio da ciência e as regras consagradas pela prática médica. São deveres estabelecidos no referido Código de Ética (Res. CFM 1.931/2009), ao qual todos os médicos devem respeito e obediência. [...] Demonstra o ilustre Ministro Ruy Rosado que, ‘além dos deveres de informação, obtenção de consentimento e de cuidado, tem o médico os deveres de: a) sigilo, previsto no art. 102 do Código de Ética (atual inc. XI dos Princípios Fundamentais do Cap. I); b) não abusar do poder, submetendo o paciente a experiências, vexames ou tratamentos incompatíveis com a situação; c) não abandonar o paciente sob seus cuidados, salvo caso de renúncia ao atendimento, por motivos justificáveis, assegurada a continuidade do tratamento (art. 36 do Código de Ética); d) no impedimento eventual, garantir sua substituição por profissional habilitado; e) não recusar o atendimento de paciente que procure seus cuidados em caso de urgência, quando não haja outro em condições de fazê-lo.’ E adiante conclui que: ‘O médico poderá ser responsabilizado em razão da infringência da lei e dos preceitos éticos, quando deles resultar danos, antes mesmo de qualquer informação, bem como nas hipóteses de erro de diagnóstico ou diagnóstico tardio.’” (*Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 623-625.).

¹⁰⁰ Nos autos de apelação nº 0134354-51.2003.8.26.0100, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve expressa menção da adoção dessa fonte de integração para o reconhecimento do dever de indenizar: “O médico possui o dever de aconselhar, apontando os riscos do tratamento e da cirurgia, inclusive os decorrentes das condições pessoais do paciente. Daí a importância da obtenção, pelo médico, do consentimento dado pelo paciente, e da declaração de que foi devidamente esclarecido acerca dos riscos específicos do tratamento ou procedimento médico a que irá se submeter. O dever de informação, além de ser imposição do Código de Defesa do Consumidor, está também previsto no Código de Ética Médica, que em seu artigo 34 estabelece que “É vedado ao médico: (...) Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal” (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1931/09).”

categoria social, mas a uma verdadeira forma de ajuste entre as partes interessadas, por exemplo, entre consumidor e produtores. A autodisciplina se torna, na teoria das fontes, não mais um aspecto simplesmente acessório, mas ontológico. Assim, as normas da deontologia profissional não são normas às quais se faz referência de maneira residual, mas podem ser ponto de referência de um magistrado para dar uma resposta a um problema.¹⁰¹

8. As normas das autoridades administrativas

Outra fonte de integração dos contratos de consumo é representada pelas normas das autoridades administrativas, que abrangem, segundo José Geraldo Brito Filomeno,¹⁰² aquelas que exercem a chamada “polícia administrativa”, tais como as de vigilância sanitária sobre alimentos, medicamentos, produtos sanitários, cosméticos, como os órgãos que fiscalizam a comercialização de produtos e prestação de serviços e seguros ou artigos financeiros (SUSEP, Banco Central), além das agências reguladoras, que disciplinam e fiscalizam a prestação de serviços públicos delegados e mesmo setores da atividade privada em que a intervenção do Estado é exigência do interesse público.

Todas elas, no desempenho da atividade de fiscalização e de regulamentação de mercado, ostentam a defesa do consumidor como um imperativo constitucional, por força do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal.

E, como afirma Pietro Perlingieri,¹⁰³ regulamentar um determinado setor do mercado significa disciplinar também os contratos daquele setor, razão pela qual possível concluir que as regras estabelecidas pelas autoridades administrativas reguladoras incidem sobre o contrato, configurando, assim, fonte de integração do negócio jurídico.

Enquanto fonte de integração, o conteúdo das normas editadas por aqueles órgãos da Administração Pública Direta ou Indireta,

¹⁰¹ *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 314.

¹⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 176.

¹⁰³ *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 320.

responsáveis pelo controle e regulamentação do mercado, devem necessariamente observar a proteção do consumidor.

Essa é a inteligência do artigo 7º da Lei nº 8.078/90 que expressamente menciona os regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes como fonte de integração do contrato de consumo, mas somente naquilo que representarem tutela aos interesses do consumidor.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, criada pela Lei nº 9.961/2000, por exemplo, conforme lição de Bruno Miragem, tem suas competências relacionadas à regulamentação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Nesse sentido, é competente para intervir no mercado e nos respectivos contratos de plano de assistência à saúde, especialmente para assegurar o equilíbrio de interesses e prestações de consumidores e operadoras, bem como da capacidade dos fornecedores executarem suas obrigações frente ao consumidor (capacidade técnica, operacional e financeira).¹⁰⁴

Não se ignora a lição de Claudia Lima Marques, quando menciona que as agências até agora criadas não se têm notabilizado por defender os direitos do consumidor, por vezes, sequer querendo aplicar o CDC a estas relações,¹⁰⁵ circunstância que dificulta a a integração dessas normas ao contrato de consumo, até porque em certos casos se verifica a necessidade de afastamento das referidas diretrizes por contrariedade ao sistema protetivo da Lei nº 8.078/90.

De todo modo, as resoluções normativas do Banco Central, da ANS e da ANATEL, citando os três principais focos de controvérsia, além daquelas das demais autoridades administrativas de regulamentação do mercado, naquilo que não conflitem com os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, devem servir de fonte de integração do contrato de consumo, sendo ampla a jurisprudência nesse sentido.¹⁰⁶

¹⁰⁴ *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 298.

¹⁰⁵ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 490.

¹⁰⁶ Nos autos da apelação nº 9172578-69.2007.8.26.0000, do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, relatada pelo Desembargador Fábio Quadros, houve expressa adoção dessa fonte de integração, nos seguintes termos: “O aumento por faixa etária, bem como a correção monetária das contribuições mensais é perfeitamente possível, desde que razoável e em acordo com as normas estipuladas pela ANS (Agência Nacional de Saúde), que aplica, harmonicamente, a Lei nº 9.656/98

D'outra sorte, nas hipóteses em que a norma editada pela autoridade administrativa contrariar os preceitos do Código de Defesa do Consumidor, cumpre ao magistrado excluí-la do âmbito da aplicação do contrato de consumo.¹⁰⁷

9. Os usos e costumes

Os usos e costumes, na lição de Massimo Bianca, são aquelas normas não escritas que um ambiente social observa constantemente ao longo do tempo como norma jurídica vinculante.¹⁰⁸ Destacam-se no costume dois elementos, segundo Clóvis Bevilacqua: o externo, que é o uso e observância constante, e o interno que é a *opinio necessitatis*, a convicção de que a norma estabelecida funciona como lei, pela necessidade, que há, de regularizar o caso a que ela se refere, pelo modo nela estabelecido.¹⁰⁹

Não há controvérsia quanto à função integrativa dos usos e costumes nas relações negociais, até porque expressamente prevista no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor.

e o Estatuto do Idoso, tendo em vista o fato de ambas serem normas de ordem pública que podem retroagir, devendo ser obedecidas ainda quando as partes disponham em contrário, mormente quando a relação for de prestações continuadas. Na Resolução normativa 63/2003, a ANS (Agência Nacional de Saúde) criou dez faixas etárias que deverão ser adotadas pelas empresas de planos privados de assistência à saúde, sendo possível um acréscimo no valor de tal serviço a cada mudança. Cabe ressaltar que após o acréscimo referente à décima faixa (59 anos ou mais), não é permitida nova majoração. O intuito desta resolução normativa é não prejudicar o consumidor com reajustes exorbitantes, bem como viabilizar o sistema de planos de saúde, tendo em vista o real e evidente aumento dos riscos inerentes ao bem segurado, no caso a vida, que advém com avanço de idade.”

¹⁰⁷ Nesse contexto, conclusiva a lição de Claudia Lima Marques: “No momento, tentando aproveitar o sucesso do CDC ou livrar-se dele justamente, vários códigos de conduta dos concessionários de serviços públicos e mesmo do BACEN estão sendo desenvolvidos e denominados de “código do usuário” ou “código do cliente bancário”, a exemplo do CDC. Destacados pela imprensa e reproduzidos em comentários, não conseguem, porém, seu intento de retirar do campo de aplicação do CDC a relação de que cuidam, e, por sua baixa posição na hierarquia (geralmente portarias ministeriais e do BACEN), não são sequer vinculantes para os fornecedores. Note-se que o CDC aplica-se de maneira prioritária (lei de ordem pública e origem constitucional) a estas relações de consumo, e estas normas não podem “impedir” a aplicação do CDC, só complementá-la, se asseguram algum direito para o consumidor (art. 7º do CDC). Trata-se, portanto, de fontes secundárias e somente auxiliares dos direitos dos consumidores, nunca limitadoras destes”.

¹⁰⁸ *Diritto civile*: il contratto. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1984. v. 3, p. 490.

¹⁰⁹ *Teoria geral do direito civil*. Edição revista e atualizada por Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Rio: Livraria Francisco Alves, 1975. p. 30.

Não obstante, Francisco Paulo De Crescenzo Marino indica situações que a lei, casuisticamente, por vezes remete aos usos e costumes, sendo importante fonte de integração do negócio jurídico, tais como aqueles referidos nos artigos 445, § 2º, 529, 628, parágrafo único, 658, parágrafo único, 701 e 724 do Código Civil.¹¹⁰

Importante não se ignorar a observação de José de Oliveira Ascensão quando afirma que “certos comportamentos vão ser proscritos por se não adequarem ao padrão ético dos bons costumes”¹¹¹, ou seja, os hábitos devem observar os limites das valorações de conteúdo ético-social, sob pena de não se integrarem ao sistema normativo.

Outra limitação importante, no que diz respeito aos contratos de consumo, é aquela apontada por Enzo Roppo: “os usos, precisamente pelo fato de serem o reflexo do existente, das reais praxes de mercado, exprimem, não raramente, a superioridade econômica, as posições de privilégio e até os abusos das categorias de operadores fortes em prejuízo das categorias de operadores fracos nas recíprocas relações de negócios.”¹¹²

Em assim sendo, de se concluir que os usos somente podem ser admitidos como fontes de integração do contrato de consumo quando não contrariarem o sistema protetivo do consumidor.

Mas, como adverte Rubens Requião, não constituem uso comerciais os atos de mero favor ou tolerância, de liberdade ou condescendência, que não se praticam com a intenção de reconhecer um direito alheio.

Por conta disso, a prática comum de alguns comerciantes de realizar a troca de produtos, independente da existência de vício, não pode ser considerada como usos e costumes para efeito de vinculação de todo e qualquer fornecedor, com obrigatoriedade somente aqueles que declararem de alguma forma a concessão de tal faculdade ao consumidor.

¹¹⁰ *Interpretação e integração dos contratos*, Direito dos Contratos, Coordenação: Gilberto Haddad Jabur e, Antonio Jorge Pereira Junior, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 78.

¹¹¹ *Direito civil – teoria geral – relações e situações jurídicas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 223.

¹¹² *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 189.

10. Conclusões

Pietro Perlingieri afirma que a harmonização entre as fontes exige do jurista um empenho constante, em grande parte ainda a realizar, com o escopo de individuar o complexo das fontes vigentes em um determinado território, compondo-as sistematicamente em relação ao problema específico a resolver (individuação da normativa do caso concreto).¹¹³

Em um raciocínio lógico jurídico, considerando que cada poder, expressão da autonomia privada, não pode ser exercido sem respeitar as competências e o quadro jurídico global, no qual encontra seu próprio reconhecimento, concluir-se-á que a lei tem precedência em relação às demais fontes de integração do contrato, lembrando-se o caráter de norma de ordem pública das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto normativo, não se poderia deixar de incluir a boa-fé objetiva e a justiça contratual, por configurarem princípios expressamente reconhecidos no artigo 4º, inciso III, da Lei nº 8.078/90.

Relembrando a lição de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, a informação e a publicidade observam a lei, prevalecem sobre os atos da autonomia privada, individuais ou coletivos, naquilo que for mais vantajoso ao consumidor.¹¹⁴ Por outro lado, sofrem os efeitos da boa-fé, razão pela qual se considera a publicidade como fonte de integração hierarquicamente inferior àquela.

A reduzida hierarquia das normas das autoridades administrativas é destacada na lição de Claudia Lima Marques, quando afirma que estas normas não podem “impedir” a aplicação do CDC, só complementá-la, se asseguram algum direito para o consumidor (art. 7º do CDC). Tratam-se, portanto, de fontes secundárias e somente auxiliares dos direitos dos consumidores, nunca limitadoras destes.

Os atos de autonomia, seja coletiva, seja individual, não podem contrastar com as leis e com os princípios, o que implica na submissão das declarações das partes e dos contratos coletivos às leis e aos princípios da boa-fé objetiva e da justiça contratual, devendo os

¹¹³ *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 324.

¹¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. 1, p. 276.

particulares, em regra, observar também os atos das autoridades administrativas, que gozam de presunção de legitimidade.¹¹⁵

Os usos e costumes seriam as fontes de integração de menor hierarquia, pois, valendo-se da lição de Enzo Roppo, configuram expressão das práticas dos fornecedores, que ostentam a superioridade econômica, o que, em regra, representam interesses opostos aos interesses dos consumidores.¹¹⁶

De todo modo, a hierarquia das fontes não pode deixar de observar a hierarquia dos valores. Como ensina Canaris, num critério de hierarquia, há de se distinguir dois passos: a consideração da relação hierárquica abstrata, por um lado, e o peso concreto dos bens e interesses envolvidos, por outro lado. Assim, a vida e a saúde ocupam, sem dúvida, uma posição superior, em relação à liberdade de ação é à propriedade, e, ainda assim, uma fraca ameaça à vida pode, em determinadas circunstâncias, ter de ceder, em face de uma massiva limitação da liberdade pessoal e da propriedade – como logo demonstra de modo trivial, por exemplo, a permissão do trânsito de veículos.¹¹⁷

E, em se tratando de CDC, busca-se a proteção prioritária do consumidor, o que justifica a utilização da fonte de integração, cuja norma, em regra, ofereça maiores benefícios ao vulnerável.

¹¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 323.

¹¹⁶ *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 189.

¹¹⁷ *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009. p. 112-113.

“*Caveat venditor*”: o risco é de quem vende nas relações de consumo

Alexandre Bucci¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Sociedade de Risco e Relações de Consumo. 1.1. Vulnerabilidade nas relações de consumo. 1.2. Confiança nas relações de consumo. 1.3. Boa-fé objetiva e Direito à Informação nas relações de consumo. 2. “*Caveat venditor*”: conceito. 2.1. Alcance do “*caveat venditor*” nas relações de consumo. 2.2. O “*caveat venditor*” em contraposição ao denominado “*caveat emptor*”. 2.3. O “*caveat venditor*” na compra e venda de bens imóveis. 2.4. O “*caveat venditor*” na compra e venda de veículos. 2.5. O “*caveat venditor*” nas vendas de produtos eletroeletrônicos. 2.6. O “*caveat venditor*” nos planos de saúde. 2.7. O “*caveat venditor*” na venda de animais. Conclusão. Referências.

Introdução

Muito já se escreveu a respeito da tutela da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, sob a perspectiva do prevalectimento da legítima expectativa de confiança, em matéria de relação de consumo.

Também não se afigura propriamente nova a premissa no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor deve ser entendido como uma lei tipicamente principiológica, vale dizer, um diploma que promove verdadeiro corte horizontal no sistema jurídico nacional.

De fato, a Lei nº 8.078/90 buscou atribuir eficácia material à importante regramento constitucional, com escopo último de concretizar

¹ Mestrando na área de concentração Justiça, Empresa e Sustentabilidade pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito do Consumidor, Direito Público, Direito Civil, Direito Econômico e Negocial e em Direito Empresarial pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Especialista em Direito dos Contratos pelo Instituto Internacional de Ciências Sociais (IICS - CEU).

o princípio da dignidade da pessoa humana, bem assim, a liberdade, a justiça e a prevalência dos valores calcados na solidariedade, também em âmbito contratual e na tutela de terceiros que terminam por ser equiparados à figura jurídica do consumidor.

É nesse contexto que, para a correta análise do Código de Defesa do Consumidor, se faz imprescindível alçarmos a Constituição Federal de 1988 verdadeiramente ao ápice da pirâmide normativa, deixando de lado o arcaico conceito de norma programática, para que se possa reconhecer na Carta Constitucional uma autêntica determinante positiva. Isto, por óbvio, se aplica também aos princípios nela contidos, tal qual se deu em relação ao reconhecimento de que faltava proteção legal adequada ao consumidor.

Necessário, ainda, entender a evolução da sociedade contemporânea, hoje já considerada pós-moderna², tipicamente massificada, o que significou o claro declínio do voluntarismo e, em consequência, o abandono das leis civis como única fonte normativa das relações contratuais no âmbito do direito privado.

A boa-fé objetiva e o direito à informação plena, prévia e eficaz, são vistos, destarte, sob o prisma objetivo de um verdadeiro paradigma de conduta para as partes e para a medida da decisão, ou seja, como instrumento objetivo de apreensão da realidade pelo juiz.

A partir dessas linhas introdutórias que buscam ressaltar a importância da proteção do consumidor, anuncia-se que, neste trabalho, ainda que de maneira breve e não definitiva, abordar-se-á, como tema central, o estudo do significado e do alcance do brocado latino do “*ca-veat venditor*”.

Como se sabe, tal referido brocado é traduzido, literalmente, pela conhecida expressão “*o risco é de quem vende*”, sendo, esta afirmação, verdadeiro corolário ético e lógico do primado da boa-fé objetiva e do direito à informação em matéria de relação de consumo.

O interesse no estudo do tema decorre de dois pontos principais, quais sejam: em primeiro plano, a reiterada não observância do direito à informação e em segundo plano, porém, não menos importante, a

² *Pós-modernidade* é uma expressão controvertida, mas utilizada para se referir ao atual contexto histórico, isto é, o momento caracterizado pelas mudanças no comportamento, valores e modos de vida da sociedade, pelas incertezas e riscos inerentes ao desenvolvimento, em que predomina o capitalismo e o consumo. A respeito de pós-modernidade consultar Zygmunt Bauman, *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

necessidade de conscientização dos produtores, fornecedores e prestadores de serviços com vistas à opção por uma postura de atuação profissional técnica, efetivamente de vanguarda, em tais questões, respeitadas, por óbvio, as particularidades de cada nicho de mercado, sem olvidar, porém, do necessário respeito à informação e preservação da confiança depositada pelo consumidor na contratação firmada.

Por isso é que no primeiro item do trabalho serão fornecidos ao leitor elementos indispensáveis a respeito de temas dos quais deve haver compreensão prévia ao estudo do “*caveat venditor*”, tal qual se dá, por exemplo, com a análise da *sociedade de risco e as relações de consumo*, com a inerente *vulnerabilidade do consumidor* em matéria de relações de consumo, passando-se, ainda, por ser relevante, pela *confiança nas relações de consumo* e pela *boa-fé objetiva e o direito à informação nas relações de consumo*.

Em seguida, já no segundo item do trabalho, trataremos propriamente do conceito do “*caveat venditor*”, com detalhamento de seu alcance e de suas características.

Imperioso, neste panorama, diferenciarmos o “*caveat venditor*” de seu conhecido e outrora largamente utilizado “opositor” histórico, o brocado denominado de “*caveat emptor*” (“*risco é de quem compra*”), apresentando-se, dentro deste mencionado item, aspectos de interesse prático concernente à matéria, em diversas vertentes negociais afetas às relações de consumo.

Discorrer-se-á, para tanto, bom que se ressalte, de particulares facetas do brocado afeto ao “*caveat venditor*” em determinadas relações negociais, tratando-se, em especial, da venda de imóveis, da comercialização de veículos automotores, produtos eletroeletrônicos, contratos de plano de saúde e venda de animais.

Concluir-se-á, nessa quadra de considerações, que o prevailecimento do brocado afeto ao “*caveat venditor*” em matéria de relações de consumo, nos remete, em última análise, à tutela da confiança como elemento balizador das relações entre fornecedores e consumidores.

Afirmar o “*caveat venditor*” é então afirmar a busca de relações de consumo solidárias e justas, sem que com isto se exclua a liberdade de contratar e o escopo de lucro dos fornecedores e dos prestadores de serviços.

Anuncia-se, porém, alteração na visão tradicional dos riscos do negócio, visão esta que, nos dias atuais, deve, sim, ser influenciada

pela noção de contrato justo, servindo para proteger e promover a dignidade da pessoa humana e não apenas para promover a circulação de riquezas.

Lançam-se, pois, votos no sentido de que o trabalho aqui apresentado seja útil para que os operadores do sistema consumerista cada vez mais possam fazer prevalecer a perseguida **Justiça** no caso concreto, partindo-se da inafastável premissa de que a Constituição Federal, como um todo, é Direito e que seus princípios compartilham de normatividade própria a irradiar efeitos para todos demais sistemas e microsistemas que em torno dela gravitam.

1. Sociedade de risco e relações de consumo

Qualquer estudo que busque uma análise eminentemente voltada a uma vertente do direito à informação em sede de tutela consumerista, como ocorre em relação ao “*caveat venditor*”, necessariamente passa pela fixação de algumas premissas essenciais à compreensão do instituto, quais sejam, a definição da sociedade de risco e as relações de consumo, o mesmo se aplicando à vulnerabilidade e confiança nas relações de consumo, passando-se também, de maneira inafastável, pelo já muitas vezes visitado princípio da boa-fé objetiva, notadamente, voltado às relações de consumo.

Pois bem, em relação à sociedade de risco, sem olvidar a frase quase que profética do Presidente Kennedy no sentido de que todos éramos consumidores, importa dizer como ensina Luiz Antonio Rizatto Nunes (2000, p. 70) que:

[...] no começo do século XX, instaura-se definitivamente um modelo de produção que terá seu auge nos dias atuais. Tal modelo é o da massificação: fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo da produção, atingimento de maiores parcelas de população com o aumento de oferta etc.

Esse sistema de produção pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e a standardização das relações jurídicas que são necessárias para a transação desses bens [...].

Dito de outro modo, não é mais a procura que vincula a oferta, mas, sim, o contrário e nesse panorama que se faz necessário equilibrar as relações de consumo, marcadas por um desnível natural imposto pelas diferentes posições e interesses das partes envolvidas nesse fenômeno.

Impossível olvidar que as relações de consumo são bilaterais, pressupondo, numa ponta, a existência do fornecedor – fabricante, produtor, importador, comerciante e prestador de serviço – vale dizer, aquele que se dispõe a fornecer bens e serviços a terceiros, e na outra ponta, temos, vulnerável, por pressuposto característico, o consumidor, aquele subordinado às condições e aos interesses impostos pelo titular dos bens ou serviços voltados ao consumo.

Tal fenômeno elimina a ideia de autonomia irrestrita da vontade, conceito hoje substituído por autonomia privada, a qual não é suprimida por completo, contudo, resta em muito mitigada nas relações de massa firmadas geralmente por meio de contratos de adesão.

Tal declínio do voluntarismo coincide com a crise do paradigma do direito privado moderno, moldado pelo antigo Estado Liberal, cujas vertentes eram a aludida autonomia da vontade, a responsabilidade subjetiva e a propriedade privada.

A crise representou a incapacidade de solucionar novos problemas sociais propostos pelo surgimento da industrialização trazida pelo fenômeno da Revolução Industrial, a qual aprofundou desigualdades, desencadeando processo produtivo em larga escala, fundado na concentração de riquezas, regime insustentável depois de certo tempo, obrigando-se o Estado a abandonar o postulado liberal da não intervenção, de maneira a disciplinar o mercado, almejando com isto equilibrar as partes contratantes.

Segundo Alberto do Amaral Jr. (1993, p. 66):

[...] o desenvolvimento do sistema industrial em fins do século XVIII alterou profundamente o modo de produção dos bens, modificando, em consequência, a face da economia moderna. A energia e as máquinas transformaram a natureza do trabalho. A substituição da energia humana pela energia mecânica passou a ser a base da produtividade, já que a produção em série de bens se converteu na característica dominante do sistema industrial [...].

1.1. Vulnerabilidade nas relações de consumo

É nesse meio social e negocial que a vulnerabilidade é característica inerente ao consumidor.

Sim, todo consumidor é presumidamente vulnerável por conta de não dominar os meios de produção e as técnicas de prestação de serviços que lhes são disponibilizadas. Não se deve confundir, porém, vulnerabilidade com a questão da hipossuficiência, esta última, conceito de nítida conotação processual, atrelada à inversão dos ônus probatórios como decorrência de dificuldades técnicas, jurídicas ou econômicas enfrentadas pelo consumidor para a demonstração de seu direito.

Cumpra, pois, assinalar que o Código de Defesa do Consumidor trouxe consigo a identificação desse novo sujeito de direitos, o consumidor, construindo um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos.

A identificação desse novo sujeito de direitos, deste grupo de não iguais, de vulneráveis, ostenta, então, conotações pós-modernas fortes, sendo certo que no caso brasileiro se trata de realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado voltado ao consumidor (artigo 5º XXXII da CF/88).

O consumidor foi, então, identificado constitucionalmente (artigo 48 ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma especial.

O referido artigo 48 do ADCT determina a elaboração de lei tutelar exatamente em forma de código, ou seja, um todo, construído de um conjunto de normas sistematizado por uma ideia básica, a ideia de proteção desse sujeito especial. A opção brasileira por um Código de Defesa do Consumidor possui, destarte, clara origem constitucional.

O microsistema consumerista regula apenas as relações de consumo entre um fornecedor e um consumidor, prevendo normas de ordem pública que estabelecem valores básicos e fundamentais de nossa ordem jurídica, tratando-se de normas de direito privado, é verdade, porém, com marcado interesse público, daí decorrendo a afirmação de que tratamos de normas de caráter indisponível e inafastável por meio de contratos.

Note-se que o Código de Defesa do Consumidor é claro, em seu artigo 1º ao dispor que suas normas se dirigem à proteção prioritária de um grupo social, os consumidores, e tais normas se constituem em normas de ordem pública e de interesse social.

Leis de ordem pública, por seu turno, são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares.

A respeito do tema, observa Bruno Miragem (2007, p. 45) que:

[...] A determinação da lei como de ordem pública, revela um status diferenciado à norma que ao expressar espécie de ordem pública e de proteção em razão da vulnerabilidade reconhecida ao consumidor, embora não a torne hierarquicamente superior às demais, lhe outorga um *caráter preferencial*. De outra parte, na medida em que realiza o conteúdo de um direito fundamental, de matriz constitucional, retira da esfera de autonomia privada das partes a possibilidade de derrogá-la (norma imperativa) [...].

Também o E. Superior Tribunal de Justiça (**REsp nº 586.316/MG**) confirma a vocação de norma de ordem pública do Código de Defesa do Consumidor quando decidiu outrora, de maneira inovadora, que as normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de “ordem pública e interesse social”.

Falamos, portanto, de normas indisponíveis e inafastáveis, posto que resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão *ex ante*.

Aliás, a conotação social das normas consumeristas remete-nos à influência atualmente sofrida pelo direito privado, o qual se “constitucionaliza” atribuindo relevância jurídica nova às relações privadas que antes eram deixadas ao arbítrio da vontade das partes.

O conseqüente controle estatal nos remete ao fenômeno da “publicização do direito privado”, denotando um Direito Civil muito mais constitucional e dominado por linhas de ordem pública.

Interessa então constatar, que a partir de 1988, a defesa do consumidor se encontra inserida na chamada ordem pública econômica, cada vez mais importante na atualidade, pois, legitima e instrumentaliza a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares.

E tendo em vista a evolução do Direito, tido como verdadeiro instrumento de mudança social, parece evidente que os direitos previstos

no texto constitucional, tanto os direitos políticos quanto os posteriores direitos de cunho econômico e social passam a ter uma chamada eficácia positiva, não se admitindo, em consequência, o prevalecimento de efeito meramente negativo, o qual, outrora, apenas servia para proibir o Estado de adotar certas atitudes diante de seus cidadãos.

Agora, tais previsões ganham inegável força positiva, no sentido de que o Estado está obrigado a adotar posturas que ensejam intervenção na atividade privada, protegendo um determinado grupo difuso de indivíduos, tal qual se dá, por exemplo, no caso dos consumidores.

Explica-se, de tal sorte, a tendência do legislador moderno que procura garantir eficácia prática aos direitos fundamentais do indivíduo, e entre eles, os direitos econômicos, por meio da inclusão de objetivos constitucionais em normas ordinárias de direito privado, sendo este o caso do Código de Defesa do Consumidor.

1.2. Confiança nas relações de consumo

Vê-se, pois, que por se constituir verdadeiramente em lei de função social, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional, o Código de Defesa do Consumidor traz como consequências, entre outras, modificações profundas nas relações juridicamente relevantes da sociedade.

Com o escopo já anunciado de tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas livres e muitas vezes abusivas do mercado, essa nova lei de função social intervêm de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado que antes eram dominadas pelo dogma da autonomia da vontade.

Uma lei social, por óbvio, exige uma nova conduta, verdadeiramente transformadora da realidade social, impondo novas noções de valor que servem de vetor para a sociedade, optando-se, geralmente, pela positivação de direitos assegurados ao grupo tutelado.

Tais direitos geram deveres a outros agentes da sociedade, os quais, por sua profissão, pelas atividades exploradas e pelas benesses que recebem, devem suportar, por opção legislativa, os riscos das aludidas atividades, notando-se, aqui, o marcado caráter de transformação social da realidade.

É nesse contexto que falamos em confiança como princípio das relações de consumo hígidas, vale dizer, conduzindo a sociedade a um

novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas consumeristas, havendo vasto campo de atuação e de aplicação interdisciplinar do Código de Defesa do Consumidor.

A necessidade de coexistência coerente e dialogada de várias fontes legislativas de direito privado (Código de Defesa do Consumidor, Código Civil, leis do Sistema Financeiro e securitário, por exemplo) deve ser orientada sempre pelo sistema de valores da Constituição.

A confiança surge então, no artigo 4º alínea “d” do Código de Defesa do Consumidor como ideia de proteção despertada no mercado de consumo, criando uma garantia legal e mandamento para que atue o Estado promovendo padrões de qualidade e segurança adequados, assim como também de durabilidade e de desempenho dos produtos.

A confiança do consumidor poderia ser frustrada em seus intentos no sistema tradicional, na medida em que o fornecedor, elaborando de maneira unilateral os contratos, viesse a redigi-los de maneira mais benéfica aos seus interesses, afastando garantias e direitos contratuais que a lei supletiva civil permitisse.

Todavia, isto não pode ocorrer no sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que leis imperativas protegem a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente, na prestação contratual, ou seja, em sua adequação ao fim que razoavelmente dela se espera.

As referidas leis, em verdade, protegem, ainda que indiretamente, a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou do serviço colocado à sua disposição no mercado de consumo.

Desdobro lógico da confiança referida nas linhas acima é a conclusão no sentido de que finalizado o contrato, o mesmo deve surtir seus efeitos e ser executado pelas partes, respeitando-se a equidade contratual, melhor dizendo, o equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, alcançando-se assim, a pretendida justiça contratual.

As normas imperativas do Código de Defesa do Consumidor proíbem a utilização de quaisquer cláusulas abusivas, definidas como aquelas que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, o mesmo se aplicando àquelas que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade (artigo 51, IV do Código de Defesa do Consumidor).

As cláusulas abusivas serão declaradas nulas pelo Poder Judiciário, já que a vontade manifestada pelas partes na esfera contratual, não é

mais fator decisivo para o Direito, devendo prevalecer os valores maiores definidos no Código de Defesa do Consumidor.

Uma vez formado o vínculo contratual, um novo direito dos contratos protege não somente a vontade das partes, como também os legítimos interesses e as expectativas dos consumidores. Dito de outro modo, protege-se a confiança, com claro objetivo de harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo, compatibilizando-se a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, viabilizando-se, em última análise, os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170 da CF/88) sempre com base na boa-fé e equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.

1.3. Boa-fé objetiva e direito à informação nas relações de consumo

Conforme até aqui foi exposto, o artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor sintetiza que o esforço do Estado no sentido de regular os contratos de consumo deve ser em busca da harmonização das relações de consumo e conseqüente compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento, o que significa dizer, em outras palavras, que a boa-fé objetiva é mesmo o princípio máximo de orientação imposto pelo microsistema consumerista, funcionando como vetor de duplo sentido que orienta a postura do fornecedor e também o comportamento do consumidor.

Na formação e na execução das obrigações, o princípio da boa-fé objetiva possui muitas funções na denominada nova teoria contratual.

A primeira delas é atuar como fonte de novos deveres especiais de conduta impostos antes, durante e até mesmo depois do vínculo contratual findo, ou seja, falamos dos chamados deveres anexos.

Esta função é criadora, seja como fonte de novos deveres, seja como fonte de deveres anexos aos deveres de prestação contratual, como os deveres de informar, de cuidado e de cooperação, seja como fonte de responsabilidade por ato ilícito ao impor riscos profissionais novos e agora indisponíveis por contrato.

A boa-fé objetiva atua também como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje marcadamente abusivo, dos direitos subjetivos.

Essa função é limitadora, na medida em que reduz a atuação dos parceiros contratuais, definindo algumas condutas e cláusulas como abusivas, controlando também a transferência dos riscos profissionais, libertando finalmente o devedor, em situações de não razoabilidade na outra conduta.

Atua, ainda, na concreção e na interpretação dos contratos, sendo esta uma função nitidamente interpretadora.

E é interpretadora tal função, posto que a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação jurídica de consumo deve ser pautada pela boa-fé objetiva, princípio que permite uma visão total e real do contrato examinado.

Desnecessária aqui a repetição de conceitos outros que já retrataram com propriedade o conceito de boa-fé objetiva em matéria de relações de consumo, basta sedimentar a ideia no sentido de que boa-fé é, em suma, cooperação e respeito, conduta esperada e leal, inclusive, quanto à necessidade de informação,

Compreende-se, destarte a razão pela qual a proteção da boa-fé e da confiança despertada no consumidor formam a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais.

Falamos, em verdade, de uma espécie de salvaguarda das injunções no jogo do poder negocial, sendo certo que, nesse novo ambiente jurídico, a vontade já não reina absoluta no estabelecimento do grau de equivalência das prestações, encontrando, ao contrário, molde, tanto no plano da validade, com o instituto da lesão, quanto no plano da eficácia, com o instituto da onerosidade excessiva, devendo, pois, conformar-se a determinados padrões para que o ordenamento jurídico a aceite.

A necessidade de segurança das relações jurídicas impõe, portanto, o estabelecimento de um ambiente negocial de confiança recíproca, implicando compromisso de agirem as partes com lealdade e honestidade de propósitos.

O dever de transparência e a clareza da declaração apresentam-se vitais para o sucesso da vinculação, afastando possíveis divergências e impedindo, em última análise, que um dos sujeitos confie inutilmente na validade e na eficácia do negócio.

2. “*Caveat venditor*”: conceito

A regra nas relações de consumo deve ser a inexistência do vício, cabendo ao fornecedor e ao prestador de serviços o dever de constatar e de alertar sobre cada uma das possíveis e previsíveis anormalidades que a coisa ou serviços possuam ou possam vir a apresentar.

Esse acautelamento deve partir daquele que coloca em circulação jurídica produtos e serviços no mercado de consumo.

Isto é, em linhas gerais, a melhor tradução do denominado “*caveat venditor*”.

“O risco é de quem vende”.

O risco é, em outras palavras, de quem produz ou presta serviços.

E justamente por ser a regra a inexistência de vício, correto afirmar que cabe ao fornecedor e ao prestador de serviços o ônus de demonstrar que o consumidor conhecia a imperfeição.

A observação de Zelmo Denari (1988, p. 169) a respeito da dificuldade surgida com a prova da imperfeição merece ser lembrada:

[...] Por medida de cautela, a nota fiscal de venda deverá consignar as razões determinantes do abatimento do preço, pois, do contrário, presumir-se-á indefectibilidade do produto ofertado e o fornecedor responderá pelas sanções previstas no parágrafo primeiro do Artigo 18 do CDC [...].

Há claramente, uma inversão no dever de cuidado, posto que não mais o consumidor deve acautelá-lo na aquisição de um produto ou serviço, até porque, este ônus, muitas vezes, não poderia ser por ele bem desempenhado sem que lhe fosse possibilitado prévio conhecimento dos riscos inerentes ao produto ou serviço.

Nesse contexto, o Código de Defesa do Consumidor, dentro do espírito protetivo e visando à efetiva garantia dos direitos dos consumidores, estabeleceu, no que toca ao dever de cumprir perfeitamente a obrigação, a solidariedade na responsabilização dos fornecedores.

Valemo-nos aqui de U. Beck, que apresenta cinco teses, por meio das quais pretende reafirmar que a sociedade em que hoje vivemos se trata de uma sociedade de risco.

O citado autor expõe que o risco:

a) é aberto para processos sociais de sua definição;

b) relativiza a posição de classe, ou seja, atinge pobres e ricos, empresários ou assalariados, na poluição do ar, no envenenamento dos bens alimentícios por resíduos químicos, uma vez que os riscos da modernidade produzem efeitos bumerangues, recaindo também sobre os grupos sociais até então protegidos contra os males da industrialização;

c) não contradiz a lógica da valoração do capital, muito pelo contrário, a sociedade industrial produz o aproveitamento econômico dos riscos.

Há mais para destacar:

d) ressalta-se o papel da consciência e exige da sociologia contribuição para uma teoria do surgimento e divulgação da consciência do risco;

e) caracteriza a sociedade como catastrófica, em que o estado de emergência ameaça tornar-se o estado normal.

O mesmo autor prossegue (1998, p. 41) afirmando que, ao estudar o fenômeno do risco na sociedade, para muitos, já atualmente tida como transmoderna³, é possível observar que este pode ser distinguido em três fases diversas.

A primeira é a que corresponde ao aparecimento da Idade Moderna e da sociedade industrial, na qual os riscos ainda eram aparentemente controláveis e quase que incipientes. Era denominada sociedade de riscos residuais.

Por seu turno, a segunda fase destacada por Beck seria aquela que compreendia o período abrangido do final do século XIX e a primeira metade do século XX, deixando-se de analisar o risco como mero golpe de azar ou do acaso. Na aludida segunda fase surge a responsabilidade objetiva.

³ Luiz Fernando Coelho, em sua obra *Saudade do futuro* (2001), defende que a atual sociedade já vive na era da transmodernidade, assim conceituando-a: “*Transmodernidade* é um termo novo com o qual se faz referência à época atual; é igualmente uma nova categoria apta a catalisar a crítica à pós-modernidade utilizada inicialmente por Warat para enfatizar o caráter de transição da pós-modernidade, isto é, de passagem para novo ciclo histórico cujos contornos ainda não são bem nítidos, mas que tende a afirmar-se como tendo sua identidade própria. Esse autor assinala que a transição para o novo ciclo ocorre paralelamente ao acaso dos sentidos de modernidade; essa perda de sentidos faz-nos sentir-nos capturados pelo vazio, sendo a *transmodernidade* justamente esse sentido de vazio, algo à espera de outros sentidos organizadores no mundo”.

Já o terceiro momento, ou seja, o momento no qual vivemos, momento este em que a expansão das informações e do Estado Social de Direito representa verdadeira modernidade reflexiva, ou pós-modernidade, temos uma sociedade de riscos fabricados – que extrapolam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras temporais e territoriais – pois, se produzidos em uma região, os produtos continuamente afetam outras regiões, em grande escala.

Nesse processo, sem dúvidas, temos um dos exemplos da globalização e, por que não dizer, com reflexos também no crescimento do comércio eletrônico em âmbito internacional, com o que, em última análise, se sinaliza com o uso indiscriminado da internet como meio de comunicação.

Porém, a maior característica da atual sociedade de risco seria justamente a sua reflexividade, a qual Giddens (2002, p. 20) define como sendo “a suscetibilidade da maior parte dos aspectos da atividade social, à revisão crônica à luz de novas informações ou conhecimentos”.

Consumir é então um ato que envolve riscos, pois está baseado na tomada de decisão pelo consumidor, a qual, no caso dos produtos e serviços postos no mercado de massa, é fortemente influenciada e influenciável, isto porque grande parte das relações de consumo atualmente é resultado dos efeitos da publicidade sobre os seus respectivos alvos - os consumidores.

Compreendem-se os motivos pelos quais milhares de pessoas acabam contratando a compra de bens e a prestação de serviços, tomando em consideração os anúncios veiculados nos meios de comunicação.

É a publicidade criando necessidades e expondo o consumidor ao risco de sua decisão, razão pela qual a responsabilidade resultante desta há de ser sempre maximizada, em detrimento do fornecedor que deixe de respeitar a transparência e a boa-fé.

Justo assim, que o paradigma seja invertido, impondo-se, a quem vende e a quem fornece, os riscos do negócio e o dever de bem informar sobre particularidades e especificidades do produto ou do serviço em questão, considerações estas que nos remetem ao necessário enfrentamento do alcance do “*caveat venditor*” nas relações de consumo.

2.1. Alcance do “caveat venditor” nas relações de consumo

Tal qual exposto nas linhas anteriores, em matéria de relações de consumo, informar é um dever daquele que produz ou presta serviços.

Assumir os riscos da informação deficiente, omitida seja por negligência, seja por dolo, é corolário lógico da tutela da parte mais vulnerável na relação de consumo.

Portanto, nas relações de consumo, em razão da própria principiolgia adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, a norma visa proteger o consumidor, da forma mais ampla possível, de todos os danos sofridos, de maneira que, verificada a caracterização destes referidos danos, haverá direito ao ressarcimento.

Vale dizer, advindo dano em decorrência de um defeito no produto ou serviço, não se poderão criar obstáculos ao efetivo ressarcimento.

Fornecedores, ao colocar seus produtos e serviços no mercado, não o fazem gratuitamente – buscam lucro, e em boa parte das situações transferem, de maneira indevida, ao consumidor, o risco de seu negócio.

Isto se dá, por exemplo, quando deixam de informar corretamente as especificidades daquilo que estão ofertando, ou quando não prestam corretamente o serviço ou ainda quando o produto que colocam no mercado não atinge a expectativa do consumidor.

E mais: fenômeno muito comum em nossos dias é aquele em que vários empresários se reúnem, cada um com sua especialidade, para satisfazer muitos consumidores, compartilhando entre si os efeitos positivos do negócio, os quais alcançam as prestações próprias e também as alheias, buscando assim diluir entre eles os riscos da atividade empresária.

Torna-se então comum o fenômeno das redes contratuais entre fornecedores, o qual está intimamente relacionado com as contratações na sociedade de massas, em que grande parte das empresas, na busca de minimizar os riscos de seu negócio, acaba por firmar grandes redes de contratos para o fornecimento de bens e serviços.

Nessas situações, a existência de um contrato somente se justifica porque existem também outros que funcionam como um sistema, não se justificando a existência de um negócio sem a existência do outro.

Com a utilização de cadeias de contratos, as empresas acabam por abranger uma massa maior de consumidores, já que não se encontram

limitados a lhes oferecer, de maneira isolada, um bem, um determinado produto ou mesmo um particular serviço.

Exemplo bastante claro da conexidade entre contratos é a contratação por meio de cartões de crédito, pois, em uma visão sistêmica, se faz possível notar que existe um nexo de acessoriedade nos contratos entabulados entre emissor e fornecedor (cadeia de fornecimento), entre consumidor e operadora de cartão (cadeia de consumo), e a relação principal de consumo, que é o contrato entre o consumidor e o fornecedor.

Justamente por ser assim é que se faz necessária, no atual estágio da produção industrial, uma tutela efetiva àqueles atingidos pela massificação da produção, ou seja, aqueles que se encontram no fim da cadeia produtiva.

Fato é que os consumidores se encontram inegavelmente expostos às práticas de redução de custos na industrialização dos bens de consumo e de sua publicidade no mercado, de maneira que terminam sujeitos aos riscos do processo produtivo.

Tais riscos, entretanto, assim como veremos de maneira mais particular, ao analisarmos algumas modalidades contratuais, devem ser arcados exclusivamente pelos fornecedores.

2.2. O “*caveat venditor*” em contraposição ao denominado “*caveat emptor*”

O “*caveat venditor*” é regra nas modernas relações de consumo, partindo da premissa de que o consumidor é presumidamente vulnerável, portanto, com reduzidas possibilidades de discussão de cláusulas contratuais e reduzida informação atrelada à produção de produtos, especificidades e questões particulares que permeiam os mais diversos serviços sujeitos ao regramento legal do microsistema consumerista.

Em termos práticos, o “*caveat venditor*” é a contraposição do antigo primado do prevaecimento do “*caveat emptor*”, este último transferindo ao adquirente de produtos e aos beneficiários dos serviços os riscos naturais e inerentes à contratação e ao perecimento da coisa, mesmo em situações nas quais não houvesse informação adequada e prévio esclarecimento a respeito das particulares condições da coisa ou do serviço em questão.

De outra parte, vale rememorar que a concepção de cláusulas gerais e o próprio “*caveat venditor*” não significam uma subjetivação de critérios do julgador, implicando, antes verdadeiro reenvio de dados do sistema, o qual atribui conteúdo objetivo às cláusulas gerais em nada se ligando ao arbítrio. Cláusulas gerais e a consagração do “*caveat venditor*” atendem, pois, a um modelo jurídico principiológico e voltado ao melhor tratamento dos casos concretos, sem que com isto se possa falar em perda de segurança jurídica ou ineficiência do mercado.

Não mais prevalece, pois, a atribuição de riscos aos adquirentes de produtos e serviços no mercado de consumo, com o que se afasta o elemento aleatório e a surpresa, que decorriam da descoberta de vícios, imperfeições e impropriedades que terminavam por pesar sob os ombros da parte mais frágil na relação jurídica, premissa esta relevante para que bem se possa, agora, transpor, ainda que em linhas breves, no que se traduz o “*caveat venditor*” em algumas das particulares facetas de determinadas relações negociais que se colocam como consumeristas.

2.3. O “*caveat venditor*” na compra e venda de bens imóveis

Sedimentada a premissa no sentido de que as anormalidades que a coisa ou o serviço possuam devem ser previstas, constatadas e avisadas previamente pelo fornecedor ou pelo prestador de serviços, a partir deste ponto de partida, correto afirmar que em matéria de **compra e venda de bens imóveis**, em sede de relação de consumo, o “*caveat venditor*” encontra campo fértil.

Implica aqui o “*caveat venditor*”, por exemplo, na exata delimitação das metragens e condições particulares do imóvel, também em matéria de garagens e áreas comuns, sob pena de responsabilização do vendedor, incorporador ou outros parceiros comerciais inseridos na cadeia de consumo.

E não se olvide da relação com os terrenos vizinhos, mostrando-se necessários, inclusive, esclarecimentos acerca da incidência de luz solar e riscos de possíveis infiltrações e vazamentos em imóveis situados em andares muito baixos ou coberturas, falando-se aqui, em especial, dos condomínios edilícios.

A obrigação de respeitar a oferta vinculante em relação aos benefícios advindos da área de lazer nos edifícios é, hoje, também fonte de conflitos e expectativas frustradas.

Uma quadra de esporte, por exemplo, ainda que inicialmente visualizada em folheto tido pelo incorporador como ilustrativo, quando concretizada, por óbvio que deve respeitar as dimensões aptas para a prática do esporte, propiciando piso e entorno adequados para um lazer eficaz e seguro, inclusive, no que se refere aos materiais utilizados.

Todas essas cautelas e exigências informativas e de respeito à boa-fé, transpostas para que pesem sob os ombros de quem vende, nos remetem ao finalístico escopo de atingimento de eficientes condições de segurança da quadra, como, de resto, do acesso ao local e luminosidade solar e artificial, se for o caso, não se frustrando legítima expectativa.

Ainda em matéria de contratos imobiliários, digna de registro a observação de que os encargos advindos do financiamento, gravames e possibilidade de cessão de posição contratual e cessão de crédito também são ônus informativos, que, com clareza e precisão, devem ser desempenhados pelo alienante (leia-se, mais comumente, construtora e incorporadora).

Relevante recordar, que em relação ao cumprimento forçado da obrigação, o C. Superior Tribunal de Justiça (**Resp nº 341.405/DF**, j. 03/09/2002) em julgado relatado pela Ministra Nancy Andrihgi já decidiu que: “se o fornecedor, através de publicidade amplamente divulgada garantiu que os imóveis comercializados seriam financiados pela Caixa Econômica Federal, submete-se a assinatura do contrato de compra e venda nos exatos termos da oferta apresentada”.

Destaque-se, ainda, ser inadmissível o descumprimento de oferta publicitária por meio da qual se veicula, por exemplo, a possibilidade de fazer um negócio totalmente financiado, para que, em momento posterior, se altere esta condição, exigindo-se determinada entrada ou parcelas ditas intermediárias.

A frustração das legítimas expectativas nutridas pelo consumidor com a relação jurídico-imobiliária entabulada, vale dizer, o rompimento da confiança depositada no empreendimento e na solidez da obra, bem como do acabamento interno, podem, sim, além dos óbvios prejuízos materiais, igualmente ensejar o surgimento do direito à indenização por danos morais.

Crescentes, de maneira idêntica, as demandas por atraso injustificado na entrega da obra, máxime considerando o caráter lesivo que decorre da não assunção de riscos que se mascaram em cláusulas dúbias e que buscam afastar o fortuito interno, quando este é, sabidamente,

um ônus do fornecedor, que não rompe o nexo de causalidade, e que, em consequência, não afasta o dever de indenizar.

Verifica-se a lesividade do atraso na obra – cuja caracterização do aludido atraso não tenha sido bem explicitada – quando há necessidade de mudança urgente em razão de alteração de estado civil, necessidades advindas de tratamento médico ou obrigação de deixar imóvel locado.

Aliás, a respeito da indenização por danos morais em matéria de compra e venda de imóveis, o prevailecimento do “*caveat venditor*” corrobora a premissa de que o fundamento da reparabilidade do dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é sabidamente titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam estes impunemente atingidos.

Portanto, o sofrimento humano não causado por perda pecuniária, abrangendo todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, bem assim ao seu amor próprio, inclusive, estético e à sua inteligência e afeições, ensejam reparação de danos morais que podem vir a ocorrer por falha na assunção de riscos atrelados a negócios imobiliários.

2.4. O “*caveat venditor*” na venda de veículos

Campo prático bastante fértil para abusos e violações do brocado em estudo é o comércio que se estabelece tendo por objeto veículos automotores.

Não tratamos aqui de relações entre particulares, as quais, como se sabe, não são tidas como consumeristas, mas, sim, regidas pelo Código Civil.

Falamos, ao contrário, das relações de consumo envolvendo compra e venda de veículos, relações estas nas quais alertar sobre problemas mecânicos, anteriores colisões, exata quilometragem e possíveis irregularidades documentais e fiscais fazem parte claramente integrante dos limites éticos impostos pelo necessário respeito ao “*caveat venditor*”, o que irradia efeitos para também atingir o comércio dos denominados veículos seminovos, amoldando-se tais deveres de cuidado, perfeitamente, aos riscos do negócio explorado por aqueles que comercializam veículos.

A delimitação dos itens inseridos na garantia contratual e na garantia legal, bem como a explicitação dos prazos e a maneira em que os mesmos devem ser contados, são fatores que devem integrar ainda o “*caveat venditor*” nas vendas de veículos.

Questão tormentosa se coloca em matéria de vícios nos contratos coligados, assim chamados aqueles nos quais pelo menos uma das partes é a mesma e em que há, apesar de sua autonomia, uma ligação de dependência ou subordinação entre os vínculos, porque ambos decorrem do mesmo fato, notando-se relação de acessoriedade entre os mesmos.

No conceito de Ruy Rosado de Aguiar (1991, p. 88, nota 170) contratos coligados “são os que, embora distintos, estão ligados por uma cláusula acessória, implícita ou explícita”.

Como elementos constitutivos fundamentais, os contratos coligados possuem a celebração conjunta de dois ou mais contratos, a manutenção da autonomia de cada uma das modalidades, a dependência recíproca ou apenas unilateral dos contratos amalgamados e a ausência de unidade entre os contratos jungidos.

O financiamento muitas vezes somente existe com o escopo de viabilizar a compra e venda de veículo.

E ao tratarmos de cumprimento imperfeito da obrigação de entrega do veículo e de seus documentos, importante saber se as consequências do cumprimento inadequado afetam ao contrato de financiamento ou eventualmente afetam ao *leasing*, impondo-se a resposta positiva, sob pena de imposição de desvantagem informacional e negocial marcadamente iníqua em desfavor do consumidor.

Nos pedidos de eliminação do vício ou substituição da coisa não se afiguram maiores problemas, posto que tais pedidos não afetam o outro contrato, devendo apenas adotar-se a cautela de notificar a instituição financeira em situação na qual ocorra a substituição, já que deve ser substituída a garantia para o novo bem.

Por seu turno, no pedido de resolução do contrato, o cumprimento imperfeito deve referir-se a ambos os negócios jurídicos, vislumbrando-se que o comprador de um veículo, por óbvio, muitas vezes não tem condições de analisar as transformações que foram feitas no bem, o mesmo se aplicando às colisões que este teria sofrido em momento anterior.

Salta aos olhos, portanto, também nessas modalidades negociais que se colocam em relação aos veículos, respeito ao dever de informar e deslocamento dos riscos para aquele que vende o bem.

2.5. O “*caveat venditor*” nas vendas de produtos eletroeletrônicos

Em matéria de venda de produtos ou serviços que envolvam eletroeletrônicos, informações sobre voltagem dos aparelhos, requisitos mínimos de funcionamento, possibilidade de danos no transporte e instalação, bem como delimitação exata dos recursos tecnológicos disponíveis integram o espectro de relevância do aqui estudado “*caveat venditor*”.

Importante seria, em sede própria que desborda aos limites deste estudo, analisar os riscos corporativos para uma indústria de eletroeletrônico no fornecimento de bens ou realização de serviços, no processo de manutenção fabril, em uma perspectiva de um sistema de gestão integrado da qualidade, segurança, saúde, meio ambiente e responsabilidade social que, em última análise, nos remeteria a uma relação consumerista livre de vícios e armadilhas de consumo.

Para isso, o setor produtivo deveria direcionar esforços nas categorias de serviços críticas para tomadas de ações que visam minimizar falhas dos fornecedores, promovendo a melhoria contínua do sistema de gestão integrada.

Velocidade de “*navegação*” em internet, exato alcance do pacote de dados, prazos de expiração de créditos e benefícios *on line* igualmente são riscos informacionais e práticos que devem ser desempenhados de maneira correta e esclarecedora pelos produtores e comerciantes.

Digno de nota, ainda, o fato de que deve haver exatidão na publicidade que muitas vezes se mostra falha ao não trazer clara identificação acerca do limite temporal da promoção, apresentando informação vaga em relação aos estoques, ensejando erro.

A garantia pelo vício, frise-se, independe, de todo modo, de qualquer manifestação, posto ser cláusula implícita em todo negócio.

A manutenção de assistência técnica em território nacional – mesmo com a venda de produtos de origem externa – é outro risco migrado para o âmbito daquele que comercializa os chamados eletroeletrônicos, sem falar na ampliação do campo de tutela dos vícios ocultos, apenas descobertos depois de perfeitamente adaptado e integrado o consumidor com a nova gama de tecnologias e de funcionalidades que prometia o produto oferecer.

Consigne-se, a título de sugestão aos fornecedores, que o gerenciamento dos riscos é de grande importância para as organizações,

pois, evita que se comentam erros elementares já largamente conhecidos, potencializando resultados em função da antecipação e solução de possíveis problemas.

As organizações empresariais, por isso, devem estar comprometidas com clientes, parceiros e acionistas e também com a sociedade num todo, objetivando reduzir os riscos perseguindo-se a maximização das oportunidades de negócio, sem deixar, contudo, de assumir e fazer com que o público consumidor conheça os riscos que afetam o negócio.

2.6. O “*caveat venditor*” nos contratos de planos de saúde

Aqui, o destaque obrigatório, que deve ser conferido pelo prestador de serviços, aplica-se a todas as cláusulas e previsões contratuais que se mostrem restritivas.

Além da razoabilidade que se exige em matéria de restrições que não podem frustrar o próprio objeto do contrato, anote-se que o destaque deve ser igualmente prévio, claro e preciso, sem caráter genérico, ao contrário, dotado de especificação e tradução de termos técnicos, sempre de modo a não frustrar a já mencionada legítima expectativa de cobertura contratual.

A responsabilidade objetiva de hospitais e clínicas pelos serviços disponibilizados, tais como, instalações, equipamentos, condições de higiene e segurança e demais aspectos propriamente relacionados aos serviços hospitalares, propriamente ditos, é marcadamente objetiva, à luz do disposto nos artigos 12 e 14 do CDC.

Impor o risco a quem vende serviços de saúde implica em observar o princípio da justiça contratual, analisando institutos correlatos, como o instituto da lesão e as cláusulas tidas como abusivas por imposição de exagerada desvantagem ao consumidor.

Importante lembrar que tratamos, neste ponto, de contratos cativos de execução continuada, o que significa dizer que, no confronto entre questão meramente econômica e o direito à vida, sem sombra de dúvidas deve este último prevalecer como corolário lógico da dignidade da pessoa humana.

Podemos vislumbrar, destarte, que o desapego a uma tendência excessivamente patrimonial nos leva a reconhecer, com o prevalecimento do “*caveat venditor*”, em matéria de planos de saúde, uma

justa prevalência da pessoa humana em substituição aos bens materiais, situação que notadamente altera a concepção teórica do sistema e dos princípios informadores do direito contratual.

Por isso, se afirma que a reversão da indenização em proveito da sociedade, tal qual se viu em caso paradigma julgado pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo (**Recurso de Apelação no 0027158-41.2010.8.26.0564**, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador **Teixeira Leite**), bem serve para reforçar a harmonia das relações de consumo, conforme orientação inserida no capítulo do Código de Defesa do Consumidor voltado à Política Nacional das Relações de Consumo (artigos 4º e 5º do CDC).

Afirma-se, em última análise com o “*caveat venditor*” em relação aos contratos de plano de saúde, a força normativa dos princípios da *socialidade* e da *eticidade*, com significância distributiva, em respaldo à dignidade da pessoa humana.

2.7. O “*caveat venditor*” nas vendas de animais

Cresce, nos dias atuais, o interesse de adultos e crianças por animais domésticos, exóticos ou não, muitas vezes como forma de integração de moradores de metrópoles à vida natural tão esquecida nas grandes cidades. Também como forma auxiliar de tratamentos psicológicos ou psiquiátricos, ou simplesmente pelo sentimento de contato mais próximo com um animal, o certo é que houve grande incremento e especialização na venda de animais.

Assim sendo, assumir os riscos da atividade em matéria de venda de animais, sejam aqueles de estimação, sejam aqueles destinados ao incremento da produção agroindustrial, significa, modernamente, adotar o dever de cuidado de previamente informar e esclarecer ao consumidor, por exemplo, sobre prazos de vacinação e atenção especial com filhotes, alertando sobre riscos de possíveis viroses e doenças oportunistas.

Cuidados com transporte, alimentação e riscos naturais da presença de animais exóticos, tais como, cobras, lagartos e iguanas em ambiente estritamente doméstico e não adaptado perfeitamente para a presença do animal devem ser igualmente esclarecidos ao consumidor, advertindo-se, sobretudo, dos riscos de manutenção do animal em condições inadequadas, da possibilidade de presença e contato com

crianças e idosos, bem como dos cuidados com a higiene que eventualmente se faça recomendável aos aludidos animais e ao ambiente no qual estes serão inseridos.

A relação eventualmente existente entre a empresa que disponibiliza animais ao consumidor e os criadores destes referidos animais (fornecedores da empresa) é questão sabidamente alheia às relações de consumo, o que obriga resolução de eventuais controvérsias havidas nesta relação intermediária, em vias ordinárias, sem causar óbices às pretensões postas pelo consumidor em face daquele com o qual ostenta vinculação direta.

A possibilidade de doenças ou viroses “encubadas”, quais sejam, aquelas que se manifestam após a transmissão da posse do animal, já em poder do consumidor, também merecem a atenção do fornecedor, posto que igualmente incidente quanto ao tema o “*caveat venditor*”.

Nas situações envolvendo a compra, por parte do fornecedor, de determinado lote de animais junto a um específico criador, cumpre destacar, que perecendo um dos animais do lote em poder do consumidor, não se pode olvidar da necessidade de aferição da saúde e do destino que se atribuiu aos demais integrantes daquele referido lote.

Uma análise comparativa poderá ser útil ao intérprete, como forma de aquilatar se o vício atingiu substancial fração do lote, facilitando, assim, a análise do caso concreto com resolução novamente amparada sob a ótica de impor o risco em desfavor de quem vende.

Conclusão

No decorrer deste trabalho, buscou-se enfatizar a necessidade de proteção efetiva da figura jurídica do consumidor – em face do aumento da produção e do excesso de publicidade – em contexto de consumo massificado na pós-modernidade.

Para tanto, o corte de interesse acadêmico aqui delimitado reconheceu o prevalecimento do brocardo do “*caveat ventitor*” tido enquanto postulado apto a ensejar verdadeira concretização dos comandos principiológicos da tutela consumerista, voltada à realização social e respeito à diretiva constitucional de proteção do consumidor.

Diante da vulnerabilidade que é inerente ao consumidor, por não dominar os meios de produção e as técnicas de prestação de serviços

que lhes são disponibilizadas, o Código de Defesa do Consumidor, a partir de seu caráter protetivo, estabelece regras jurídicas voltadas ao equilíbrio entre consumidor e fornecedor.

E, sob esse prisma, se considerarmos que a regra nas relações de consumo deve ser a inexistência do vício, cabendo ao fornecedor e ao prestador de serviços o dever de constatar, informar e de expressamente alertar sobre cada uma das possíveis e previsíveis anormalidades que a coisa ou serviços possuam ou possam vir a apresentar, vê-se, claramente, nisto, a melhor tradução do brocado do “caveat venditor”.

O risco, portanto, em matéria de relações de consumo, é de quem vende, produz ou presta serviços, de modo que imperioso o prevalecimento do “caveat venditor” em detrimento do antigo conceito de “caveat emptor”, obstada a transferência indevida dos riscos da atividade explorada, com o que se respeita o direito à informação clara e precisa e também se prestigia o direito à legítima expectativa.

Referências

- AMARAL JR., Alberto do. *Proteção do consumidor no contrato de compra e venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 33, p. 129.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Buenos Aires: Paidós, 1998.
- BRANCO, Gerson Luís Carlos. *O sistema contratual do cartão de crédito*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 1993.
- COELHO, Luis Fernando. *Saudade do futuro*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. Teoria da base do negócio jurídico no direito brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 655, p. 7-11, 1999.
- DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GIDDENS, A. *Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós?* São Paulo: Record, 2002.

LEITÃO, Luis Manoel Teles de Menezes. *Caveat venditor? A Diretiva 1944/CE. Revista de Direito do Consumidor*, n. 43, jul./set. 2002.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes. Nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NUNES, Rizzatto. Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

PINTO, Paulo Mota apud *Revista de Direito do Consumidor*. n. 43, jul./set. 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 586.316/MG*. Julgado em 17 de abr. 2007. Publicado no DJE em 19 de mar. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 341.405/DF*, j. 03/09/2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. *Recurso de Apelação nº 0027158-41.2010.8.26.0564*, 4ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Carlos Teixeira Leite Filho. j. 18/07/2013, registro em 19/07/2013.

O Sistema de Defesa do Consumidor e sua interface com o contrato de transporte aéreo

*Marco Fábio Morsello*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. As fontes normativas dos contratos de transporte aéreo doméstico e internacional. Repercussões advindas da entrada em vigor da Convenção de Montreal. 3. O contrato de transporte aéreo, o Sistema de Defesa do Consumidor e o advento do novo Código Civil. Apreciações conclusivas.

1. Introdução

Na realidade contemporânea, como é cediço, a responsabilidade civil é orientada pelos princípios da prevenção e da ampla reparação do dano, tendo-se deslocado, destarte, o papel central outrora desempenhado pela culpa.

De fato, as repercussões advindas do maquinismo e complexidade das relações jurídicas nas operações de massa impuseram, em um primeiro momento, a coordenação destas atividades pelo Estado, no âmbito da ordem pública de direção.

Outrossim, os influxos (*inputs*) provenientes do sistema social exigiram que o instituto da responsabilidade civil pudesse desempenhar, a contento, sua função de reparação, com a justa compensação à vítima, sem prejuízo da função de retribuição ao causador do dano-evento, como observam Philippe le Tourneau e Loïc Cadiet.² No entanto, no

¹ Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor Doutor em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor e Coordenador da Área de Direito Civil na Escola Paulista da Magistratura (EPM). *Visiting Professor da Università di Sassari*, Itália. Membro pleno e Correspondente no Brasil da *Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial* (ALADA). Membro da Associação Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (SBDA).

² *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998. p. 1, parágrafo 2.

período contemporâneo, como bem prelecionam mencionados autores, emerge, outrossim, a denominada função preventiva da responsabilidade civil, tendo em vista o temor legítimo das sanções pecuniárias impostas.³ Referida função, aliás, tem recebido influência do denominado princípio da precaução (*Vorsorgeprinzip*), de inspiração germânica, no âmbito do Direito Comunitário da União Europeia.⁴

Tecidas referidas ponderações, sobreleva acrescentar, por oportuno, que a necessidade de defesa dos mais vulneráveis, conjuntamente com a rejeição aos conceitos jurídicos indeterminados emanados da hipertrofia da atividade estatal, ínsitos ao sistema aberto de regras e princípios, fomentaram o nascedouro da ordem pública de proteção.

Desse modo, o princípio fundante da dignidade da pessoa humana e a objetivação da responsabilidade civil, tendo em vista o dever de proteção e segurança previsto no ordenamento constitucional pátrio, nos termos do art. 5º, *caput*, impuseram releitura no tocante à prevalência da responsabilidade subjetiva em nosso ordenamento jurídico, mesmo previamente à entrada em vigor do novo Código Civil, e independentemente do caráter contratual ou extracontratual.

Com efeito, como observa Gustavo Tepedino, a Constituição Federal de 1988 “projeta o dever de reparação para além dos confins da responsabilidade culposa dos indivíduos”.⁵

No que concerne ao aspecto contratual, emerge a importância dos novos princípios contratuais, com proeminência da proteção à parte mais fraca, em consonância com a ordem pública de proteção, sem

³ Id. *Ibid.*, p. 2, parágrafo 3. No mesmo sentido: Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil*. 14. ed. München: Ch. Beck, 1987. p. 423, na qual utiliza a nomenclatura *Präventionsgedanken*; Jean Louis Baudouin e Patrice Deslauriers, *La responsabilité civile*. 5. ed. Québec: Yvon Blais, 1998. p. 4; Guido Alpa, *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 4 - *La responsabilità civile*, p. 132 (referido autor, aliás, alinha a função preventiva como efetiva deterrence, e a reparação como efetiva compensação à vítima); Patrice Jourdain. *Les principes de la responsabilité civile*. 4. ed. Dalloz: Paris, 1998. p. 3; Geneviève Viney, *Traité de droit civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. v. 1 - Introduction à la responsabilité, p. 64; Edward J. Kionka, *Torts in a nutshell*. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1996. p. 10; Teresa Ancona Lopez, *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*, p. 9-11. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008; Anderson Schreiber, *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 215-218; Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

⁴ Nesse sentido: Tourneau e Cadet, *op. cit.*, p. 2, parágrafo 3; Teresa Ancona Lopez, *op. cit.*, p. 9-11; Anderson Schreiber, *op. cit.*, p. 215-218; Marco Fábio Morsello, *op. cit.*, p. 2.

⁵ *Temas de direito civil*. A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 175.

prejuízo da boa-fé objetiva, com suas funções interpretativa, supletiva e corretiva.

Atenuado, portanto, o rigorismo absoluto da autonomia privada e dos princípios contratuais tradicionais, conjuntamente com o destaque dado aos novos princípios, correlacionados com o papel central desempenhado pela pessoa humana, houve repercussões, outrossim, na seara da responsabilidade civil.

De fato, a despeito da objetivação da responsabilidade, em um primeiro momento, delineou-se expansão da socialização dos riscos, propugnando-se, inclusive, por declínio da responsabilidade individual, o que, a nosso ver, não prospera.

Deveras, a realidade fática de aumento das taxas de sinistro, resultantes da mitigação do princípio da prevenção e da inexistência de responsabilidade do causador do dano, elevaram o denominado *spreading* perante o corpo social a níveis intoleráveis, para fins da competitividade exigível no mundo globalizado, ocasionando a revisão do sistema, com o escopo de responsabilizar o causador do dano, realçando-se novamente o papel desempenhado pela responsabilidade civil.

Assim, deduz-se que o dano e sua ampla reparação, correlacionados com justa compensação à vítima, passaram a ter papel de destaque, limitando-se, no âmbito da responsabilidade objetiva, as eximentes favoráveis ao seu causador, à culpa exclusiva da vítima, ao fato de terceiro estranho ao empreendimento exercido, sem prejuízo de que os fatos extraordinários deverão coadunar-se com a denominada força maior extrínseca, alcinhada, também, fortuito externo.

Forte nessas premissas, depreende-se que, o contrato de transporte aéreo, naturalmente consentâneo com atividade de risco, deverá amoldar-se à mencionada realidade fática.

2. As fontes normativas dos contratos de transporte aéreo doméstico e internacional. Repercussões advindas da entrada em vigor da Convenção de Montreal

O nascedouro da atividade de transporte aéreo civil impôs investimentos vultosos, em setor à época de alto risco, que iniciava desenvolvimento considerado estratégico, com elevadas taxas de sinistro e controle estatal das denominadas companhias de bandeira, de modo que havia necessidade premente de edição de normas aptas a prote-

gê-lo. Tendo em vista, ademais, a célere transposição de fronteiras internacionais, afigurava-se imprescindível editar diploma legal uniforme em vários países.

Com base, portanto, nos fatores adrede descritos, editou-se, em 12 de outubro de 1929, a Convenção de Varsóvia, cujo âmbito de aplicação se estendeu aos documentos e ao regime de responsabilidade do transportador aéreo internacional. Naquela oportunidade, erigiu-se a espinha dorsal de um sistema que subsiste, em suas linhas mestras, em alguns países, até o presente, regulando as hipóteses de dano-evento no transporte aéreo, correlacionadas com morte, ferimento ou qualquer outra lesão corporal ao passageiro ocorrida a bordo, ou nas operações de embarque ou desembarque (art. 17), perda, destruição ou avaria de carga ou bagagem, ocorridas durante o transporte (art. 18), atraso no transporte de viajantes, bagagens ou mercadorias (art. 19), contidas em patamar-limite de indenização (125.000 francos-Poincaré, equivalentes à época a US\$ 8.300,00, por passageiro e 250 francos-Poincaré por quilograma, aproximadamente US\$ 20,00 (à época) no transporte de bagagens e mercadorias, até o limite de 5.000 francos-Poincaré por volume), independentemente da natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade, facilitando, destarte, como afirmam Tito Ballarino e Silvio Busti, efetiva redução de custos às transportadoras à época em que o setor se formava.⁶

Nesse contexto, visando à efetiva sistematização das vantagens propiciadas pelo advento da Convenção, como ressalta Drion, há preponderância daquelas que favorecem ao transportador, a saber: a) proteção de setor em formação; b) divisão dos riscos advindos de eventos extraordinários, que não poderiam ser carreados exclusivamente ao novo setor; c) possibilidade oferecida ao transportador ou operador de estimar riscos, procedendo à consecução do seguro respectivo; d) evitar litígios, tendo em vista a celeridade na obtenção da liquidação do montante indenizável; e) possibilidade oferecida aos reclamantes em potencial de celebrar contratos de seguro *de per se*; f) uniformização dos critérios legais de indenização junto às Altas Partes Contratantes que ratificaram a Convenção, ressaltando, neste aspecto, a vigência praticamente universal, já que quase todas as nações do mundo a ratificaram;

⁶ *Diritto aeronautico e spaziale*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 608-610. Para maiores detalhes, no que se refere às origens históricas e diplomas legais supervenientes formadores do denominado Sistema de Varsóvia, vide Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, op. cit., p. 44-79.

g) limitação do montante indenizável, em contrapartida à imposição de presunção de culpa ao transportador ou operador da aeronave.⁷

Efetuada a elucidação no tocante aos cálculos do patamar indenizável, depreende-se, outrossim, que a mencionada Convenção regulamentou outros aspectos do transporte aéreo internacional. Deveras, em suas linhas essenciais, referida Convenção, que foi expressamente promulgada por nosso país por meio do Decreto n. 20.704, de 24 de novembro de 1931, regula o transporte aéreo internacional de pessoas, bagagens e bens, abrangendo, outrossim, transportes gratuitos, desde que prestados por companhia aérea regularmente constituída (art. 1º, alínea 1, *in fine*).

Observa-se, outrossim, a imposição de regime de responsabilidade subjetiva (com presunção de culpa – art. 20, alínea 1), limitada (art. 22, alíneas 1, 2 e 3) e com proibição expressa de inserção de cláusulas convencionais, de modo a eximir ou reduzir os limites indenizatórios nela fixados (art. 23).

O campo de sua aplicação é assaz amplo, na medida em que, nos termos do que preceitua o art. 24, com as correlatas modificações supervenientes, sujeita aos seu limites e condições, diante da existência de transporte aéreo internacional, as ações de responsabilidade fulcradas em contrato, ato ilícito ou qualquer outra razão. O transportador poderá eximir-se do dever de indenizar, desde que demonstre ter tomado todas as medidas necessárias para evitar o dano, ou a culpa da vítima, *ex vi* do que preceituam os arts. 20 e 21 da referida Convenção.

A responsabilidade fulcrada em patamar-limite, diante do transportador, somente se tornará integral nas hipóteses excepcionais de culpa grave (*faute lourde*), ou dolo daquele (art. 25), bem como diante da irregularidade ou ausência de documentos que se refiram à relação jurídico-contratual.

No entanto, a mudança de paradigma para a denominada ordem pública de proteção, correlacionada com a justa compensação às vítimas, que ensejou, paulatinamente, a fragmentação do Sistema de Varsóvia, sua desconsideração em sede de julgados, bem como o advento de nova legislação por parte de alguns países assaz importantes,

⁷ *Limitation of liabilities in international air law*. The Hague, 1954. p. 12-50.

na seara do tráfego aéreo, deram gênese à efetiva revisão do referido sistema, por meio de Convenção substitutiva.⁸

Com efeito, não se discute a importância fundamental da Convenção de Montreal, firmada após sucessivas reuniões, no período compreendido entre 10 e 28 de maio de 1999.⁹

Sobreleva acrescentar, por oportuno, que, em 4 de novembro de 2003, mencionada Convenção entrou em vigor, porquanto atingido o pré-requisito de depósito dos instrumentos de ratificação, por no mínimo 30 (trinta) países, também denominados *Estados Partes*, para fins de início de contagem do prazo de 60 (sessenta) dias visando à sua entrada em vigor, nos termos do art. 53, parágrafo 6º, do mencionado diploma legal.¹⁰

⁸ Cf. Michael Milde, Liability in international carriage by air: the new Montreal Convention (28 May 1999). *Uniform Law Review-Revue de Droit Uniforme*, Roma, v. 4, n. 4, p. 835-861, 1999. No mesmo sentido: Silvio Busti, Contratto di trasporto aereo. In: Antonio Cicu e Antonio Messineo (Dir.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2001, t. 3., p. 779-783; Bianca Rodriguez, Recent developments in aviation liability law. *Journal of Air Law and Commerce*, Dallas, v. 66, n. 1, p. 24-126, Winter 2000; Jullian Hermida, The new Montreal Convention: the international passenger's perspective. *Air and Space Law*, The Hague, v. 26, n. 3, p. 150-154, 2001; Sean Gates, La Convention de Montréal de 1999. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS)*, Paris, v. 212, n. 4, p. 439-446, oct./déc. 1999; Alessandro Zampone, Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 7-29, 2000; Alfredo Antonini, La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: Protocolli di Montreal, Varsavia-Montreal, Regolamento Comunitario. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, 2000, p. 615-657.

⁹ Nesse sentido: Wolf Müller-Rostin, Die Internationale Luftrechtskonferenz von Montreal zur Reform des Warschauer Abkommens. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n. 49, Heft 1, p. 36-51, 2000; Hans-Georg Bollveg, Das Montrealer Übereinkommen. Rückblick-Überblick-Ausblick. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n. 49, Heft 4, p. 439-466, 2000; Kaspar Schiller, Vom Warschauer zum Montrealer Abkommen – einige Aspekte der neuen Haftungsordnung im Lufttransport. *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*, Zürich, v. 96, n. 8, p. 184-189, 2000; Ludwig Weber e A. Jakob, The modernization of the Warsaw system – the Montreal Convention of 1999. *Annals of Air and Space Law*, Montréal, v. 24, p. 333-353, 1999; Michel G. Folliot, La modernisation du système varsovien de responsabilité du transporteur. La Conférence Internationale de Montréal (10-28 mai 1999). *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDAS)*, Paris, v. 212, n. 4, p. 409-437, oct./déc. 1999; Paul S. Dempsey e Michael Milde, *International Air Carrier Liability: The Montreal Convention of 1999*, p. 1-43, Montreal, Centre for Research in Air and Space Law, McGill University, 2005; Mario O. Folchi (Coord.), Transporte aéreo internacional. *Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional-Montreal 1999*, p. 19-43, Buenos Aires, ALADA, 2002; Marco Fábio Morsello, op. cit, p. 72-78; p. 110-115; p. 196-198 e p. 415-422.

¹⁰ Cf. informação obtida in LEGAL BUREAU. Disponível em: <<http://www.icao.int/cgi/airlaw.pl>>. Acesso em: 30 jul. 2015, site da Organização de Aviação Civil Internacional. De fato, até a data ora mencionada, cento e treze países já haviam depositado os instrumentos de ratificação exigíveis, observando que a nova Convenção entrou em vigor em 4 de novembro de 2003, sessenta dias após o depósito do trigésimo instrumento de ratificação, in casu, ocorrido em 5 de setembro de 2003, por meio de iniciativas dos Estados Unidos da América e República de Camarões. Cumpre anotar,

Referida Convenção, aliás, já se encontra em vigor em nosso país, por meio do Decreto n. 5.910, de 27 de setembro de 2006, que a promulgou.

por oportuno, que até a data do último acesso, via internet, a nova Convenção já se encontrava em vigor, nos seguintes países, desde a data mencionada em parênteses: África do Sul (21 de janeiro de 2007); Albânia (19 de dezembro de 2004); Alemanha (28 de junho de 2004); Arábia Saudita (14 de dezembro de 2003); Argentina (14 de fevereiro de 2010); Armênia (15 de junho de 2010); Austrália (24 de janeiro de 2009); Áustria (28 de junho de 2004); Azerbaijão (11 de abril de 2015); Bahrain (4 de novembro de 2003); Barbados (4 de novembro de 2003); Bélgica (28 de junho de 2004); Belize (4 de novembro de 2003); Benin (29 de maio de 2004); Bolívia (5 de julho de 2015); Bósnia-Herzegovina (8 de maio de 2007); Botsuana (4 de novembro de 2003); Brasil (27 de setembro de 2006); Bulgária (9 de janeiro de 2004); Burkina Fasso (25 de agosto de 2013); Cabo Verde (22 de outubro de 2004); Camarões (4 de novembro de 2003); Canadá (4 de novembro de 2003, anotando-se reserva visando à exclusão de pessoal militar canadense, inclusive quando houver arrendamento de aeronave por parte do governo); Cazaquistão (31 de agosto de 2015); Catar (14 de janeiro de 2005); Chile (18 de maio de 2009); China (31 de julho de 2005); Chipre (4 de novembro de 2003); Cingapura (16 de novembro de 2007); Colômbia (4 de novembro de 2003); Congo (17 de fevereiro de 2012); Coreia do Sul (29 de dezembro de 2007); Croácia (23 de março de 2008); Costa Rica (8 de agosto de 2011); Costa do Marfim (5 de abril de 2015); Cuba (13 de dezembro de 2005); Dinamarca (28 de junho de 2004); Egito (25 de abril de 2005); El Salvador (6 de janeiro de 2008); Emirados Árabes Unidos (4 de novembro de 2003); Equador (26 de agosto de 2006); Eslováquia (4 de novembro de 2003); Eslovênia (4 de novembro de 2003); Espanha (28 de junho de 2004); Estados Unidos da América (4 de novembro de 2003, com reserva fixadora de exclusão de voos de natureza não comercial ou governamental); Estônia (4 de novembro de 2003); Etiópia (22 de junho de 2014); ex-República Iugoslava da Macedônia (4 de novembro de 2003); Finlândia (28 de junho de 2004); França (28 de junho de 2004); Gabão (5 de abril de 2014); Gâmbia (9 de maio de 2004); Geórgia (18 de fevereiro de 2010); Grécia (4 de novembro de 2003); Guiana (21 de fevereiro de 2015); Holanda (28 de junho de 2004); Hungria (7 de janeiro de 2005); Ilhas Cook (21 de julho de 2007); Índia (30 de junho de 2009); Irlanda (28 de junho de 2004); Islândia (16 de agosto de 2004); Israel (20 de março de 2011); Itália (28 de junho de 2004); Jamaica (5 de setembro de 2009); Japão (4 de novembro de 2003, com inserção de reserva dando conta da não aplicação dos ditames da nova Convenção para voos não comerciais e governamentais); Jordânia (4 de novembro de 2003); Kuwait (4 de novembro de 2003); Letônia (15 de fevereiro de 2005); Líbano (14 de maio de 2005); Lituânia (29 de janeiro de 2005); Luxemburgo (28 de junho de 2004); Macedônia (4 de dezembro de 2003); Madagascar (26 de fevereiro de 2007); Malásia (29 de fevereiro de 2008); Maldivas (30 de dezembro de 2005); Mali (1 de março de 2008); Malta (4 de julho de 2004); Marrocos (14 de junho de 2010); México (4 de novembro de 2003); Mônaco (17 de outubro de 2004); Mongólia (4 de dezembro de 2004); Moçambique (28 de março de 2014); Montenegro (16 de março de 2010); Namíbia (4 de novembro de 2003); Nigéria (4 de novembro de 2003); Noruega (28 de junho de 2004); Nova Zelândia (4 de novembro de 2003, com observação no tocante à inclusão do arquipélago de Toquelau); Omã (17 de fevereiro de 2007); Panamá (4 de novembro de 2003); Paquistão (17 de fevereiro de 2007); Paraguai (4 de novembro de 2003); Peru (4 de novembro de 2003); Polônia (18 de março de 2006); Portugal (4 de novembro de 2003); Quênia (4 de novembro de 2003); Reino Unido da Grã-Bretanha (28 de junho de 2004); República da Moldávia (16 de maio de 2009); República Democrática do Congo (19 de setembro de 2014); República Dominicana (20 de julho de 2007); República Tcheca (4 de novembro de 2003); Romênia (4 de novembro de 2003); São Vicente e Granadinas (28 de maio de 2004); Sérvia (4 de abril de 2010); Seychelles (12 de novembro de 2010); Síria (4 de novembro de 2003); Suécia (28 de junho de 2004); Suíça (5 de setembro de 2005); Tanzânia (4 de novembro de 2003); Tonga (19 de janeiro de 2004); Turquia (26 de março de 2011); Ucrânia (5 de setembro de 2009); Uruguai (4 de abril de 2008); e Vanuatu (8 de janeiro de 2006).

Aplica-se, pois, a Convenção de Montreal, como ressalta Michele Comenale Pinto, ao transporte aéreo internacional, a título oneroso ou gratuito, ressaltando-se, na última hipótese, a consecução por empresa de transporte aéreo, restando excluído o transporte postal.¹¹ Ademais, referida aplicação ocorre, indistintamente, com fulcro em fonte que promane da existência de um contrato, prática de ato ilícito, ou qualquer outra razão, *ex vi* do que preceitua seu art. 29.¹²

Nesse contexto, impende frisar, outrossim, que a inserção do transporte aéreo como internacional, consoante o denominado Sistema de Varsóvia e Convenção de Montreal, deve obedecer a alguns requisitos. Deveras, com base nos mencionados diplomas legais, considera-se transporte aéreo internacional aquele em que o ponto de partida inicial e o ponto de destino final sejam situados em Estados distintos ou em que um ponto de escala esteja situado em um Estado diferente do Estado onde se situa o ponto de partida e de destino. Com fulcro, pois, nos referidos ditames, afigura-se irrelevante a consecução de uma ou mais escalas em um único Estado. Portanto, conclui-se que, nos mencionados diplomas legais, o transporte aéreo será considerado internacional, outrossim, se, apesar dos pontos de partida e de destino se localizarem em um único Estado, fizer escala em um Estado diferente do Estado de partida e de destino. Com base no termo “transporte” utilizado pelas Convenções, exige-se ponto de contato com o território estrangeiro, sendo insuficiente o mero sobrevoo.¹³

Por via de consequência, a nacionalidade dos contratantes, bem como da aeronave, não determinam matiz diferenciador entre o transporte aéreo doméstico e internacional.¹⁴

¹¹ Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo. *Diritto Marittimo*, Genova, fasc. 3, p. 798-830, 2000.

¹² Nesse sentido, Silvio Busti, *Contratto di trasporto aereo*, op. cit., p. 546.

¹³ Nesse sentido: Jacques Naveau e Marc Godfroid, *Précis de droit aérien*. Bruxelles: Bruylant, 1988, p. 190-191; Giumulla et al., *Warsaw Convention – annotated*. The Hague: London: Boston: Kluwer, 2001, supl. 4, p. 3, Oct. 1994.

¹⁴ Nesse sentido: De Juglart, *Traité de droit aérien*. 2. ed. atual. por Emmanuel du Pontavice et al. Paris: LGDJ, 1989, t. 1, p. 1010-1019, parágrafos 2519 a 2527; René H. Mankiewicz, *The liability regime of the international carrier: a commentary on the present Warsaw system*. Dordrecht: Kluwer, 1981, p. 28-29; Shawcross e Beaumont, *Air law*. 3. ed. London: Butterworths, 1966, p. 406; Jacques Sesseli, *La notion de faute dans la Convention de Varsovie*. Lausanne: Société Anonyme de L'Imprimerie Rencontre, 1961, p. 19; Walter Schwenk, Werner Niester e Dieter Stukenberg, *Handbuch des Luftverkehrsrechts*. 2. ed. rev. e ampl. Berlin: Carl Heymanns, 1996, p. 658-661.

Ademais, exige-se que tais Estados tenham ratificado os termos da Convenção de Varsóvia, e, atualmente, da Convenção de Montreal, substitutiva daquela, para fins de inserção sob o *status* de Altas Partes Contratantes. Desse modo, muito embora a Convenção de Montreal tenha efetivo condão substitutivo do Sistema de Varsóvia, este último não poderá ser prontamente desconsiderado.

De fato, deduz-se que, para a aplicação dos ditames da nova Convenção, no âmbito do transporte aéreo internacional, exige-se que os pontos de partida e de destino, independentemente de interrupção ou transbordo, estejam situados no território de dois Estados Partes, ou seja, países que tenham ratificado o novel diploma legal, aceitando-se excepcionalmente sua aplicação em relação a Estado que não a tenha ratificado, desde que o território deste seja utilizado, tão somente, como escala em transporte aéreo, cujos pontos de origem e destino estejam situados em território de um mesmo Estado Parte.

Conclui-se, portanto, que na hipótese, *e.g.*, de transporte aéreo internacional entre um Estado Parte e outro que não o seja, pressupondo sua adesão ao Sistema de Varsóvia, este comportará aplicação, em detrimento da Convenção de Montreal, ressalvada eventual antinomia no âmbito de cada ordenamento jurídico interno, com outros diplomas legais, sem prejuízo de análise daqueles vinculantes em nível comunitário, ou objeto de subscrição por transportadores aéreos pertencentes a vários países que ainda não ratificaram a nova Convenção.

Deveras, poderão surgir hipóteses, não raras, nas quais em sede de transporte aéreo internacional, *e.g.*, o ponto de origem do transporte coadune-se com Parte Contratante, que, efetivamente, ratificou o novel diploma legal, ao passo que o ponto de destino denote atrelamento com país no qual ainda subsista o Sistema de Varsóvia, circunstância na qual, este será aplicável, ressalvada a consecução de *round-trip ticket*, visto que o ponto de origem coadunar-se-á com o destino final.¹⁵

Tecidas referidas ponderações, a Convenção de Montreal estriba-se na indenização integral do passageiro por dano-evento morte,

¹⁵ Nesse sentido: Paul S. Dempsey e Michael Milde, *op. cit.*, p. 68-72; Mario O. Folchi, *op. cit.*, p. 8-83. Para tal desiderato, podemos exemplificar o transporte aéreo internacional em algumas rotas de destaque, a saber: São Paulo-Caracas e São Paulo-Luanda, já que, até o presente, Venezuela e Angola, não ratificaram a Convenção de Montreal. Por outro lado, em se tratando de voo *round-trip* (viagem de ida e volta, também alcunhada redonda no jargão turístico), ou seja, São Paulo-Caracas-São Paulo, o destino final será idêntico ao ponto de origem, aplicando-se, portanto, a Convenção de Montreal, já que, expressamente ratificada por nosso país.

ferimento ou lesão corporal, determinando, para tanto, que os Estados Contratantes imponham aos transportadores submetidos à sua autoridade a celebração de contratos de seguro para viabilizar efetiva cobertura, na hipótese de sinistro, nos termos do que preceitua o art. 50.¹⁶

Outrossim, depreende-se que houve adoção da teoria do risco da atividade empreendida, em detrimento da presunção de culpa, que orientava o sistema pretérito. Dessume-se, pois, que a responsabilidade não se escuda na atividade culposa do causador do dano, mas na própria atividade empreendida pelo transportador, caracterizando sua responsabilidade objetiva.

Todavia, emergem peculiaridades que inviabilizam a adoção de sistema puro de responsabilidade objetiva, já que se adotou sistema de responsabilidade em dois níveis (*two-tier system*), de acordo com as cifras, que componham eventual conflito de interesses.

Com efeito, em síntese, a matéria concernente à responsabilidade civil apresenta as seguintes características: a) responsabilidade objetiva até uma soma determinada (100.000 DES, equivalentes a aproximadamente R\$ 469.240,00); b) responsabilidade subjetiva baseada na culpa, no que concerne ao montante que superar o patamar descrito no item anterior; c) existência de excludentes da responsabilidade, em situações especialíssimas, em sede de responsabilidade objetiva; d) possibilidade de antecipação de valores, que poderão ser descontados em ulterior liquidação.

Observe-se que a responsabilidade objetiva que permeia o sistema, até o limite de 100.000 DES, não se erige ao status de teoria do risco integral ou responsabilidade absoluta, máxime tendo em vista a previsão de eximentes, escudadas na prova pelo transportador de culpa exclusiva da vítima, em caráter exclusivo ou concorrente e força maior extrínseca. Competirá, destarte, à vítima tão somente comprovar que o dano ocorreu a bordo da aeronave, ou durante as operações de embarque ou desembarque, cabendo, evidentemente, aos Tribunais, a apreciação, *in concreto*, das referidas operações. Caso o dano efetivo supere o patamar de 100.000 DES, emerge tão somente presunção de

¹⁶ Nesse sentido, Alessandra Arrojado Lisboa de Andrade, Convenção de Montreal: derradeira esperança para o transporte internacional. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 78, p. 2-18, nov. 1999. No mesmo diapasão, vide Stefano Zunarelli e Michele Comenale Pinto, op. cit., p. 448-449.

culpa do transportador, que poderá eximir-se do dever de indenizar, caso comprove que a causa do dano-evento não promanou de negligência ou outra ação ou omissão sua, de seus dependentes ou agentes.

Enrique Mapelli preceitua, com percuciência, que, na hipótese do fato de terceiro, o transportador liberar-se-á tão somente do dever de indenizar que supere o montante fixado, em sede de responsabilidade objetiva, na qual mencionado fato não se erija ao *status* de excludente. Apenas, portanto, na hipótese de comprovação de fato da vítima, haverá inexistência do dever de indenizar, a qualquer título. Sem prejuízo da assertiva supra, é curial que, conquanto a denominada força maior intrínseca não caracterize excludente, a força maior extrínseca, também denominada fortuito externo, elidindo o próprio nexu causal, caso comprovada, também elidirá o dever de indenizar, sob pena de caracterizar efetivo risco integral.¹⁷

No que tange ao atraso em voo, a Convenção não estipula normas concernentes à elucidação de quais pressupostos se afiguram aptos a ensejar o dever de indenizar, malgrado disponha que, nos termos do art. 19, haverá excludente favorável ao transportador quando este comprovar que tomou todas as medidas idôneas e possíveis para evitar o dano, ou que se afigurava impossível adotá-las. Ademais, nos trabalhos preparatórios, emergiu amplo debate quanto à conveniência de fixação de patamar-limite de indenização correlacionado com atraso em voo, preponderando a corrente que estipulou limitação de até 4.150 DES (Direitos Especiais de Saque) por passageiro. Decidiu-se, então, que a responsabilidade do transportador pelo atraso no transporte de bagagem encontra-se limitada a 1.000 DES (aproximadamente R\$ 4.692,40), subsistindo as mesmas excludentes previstas para os casos de destruição, perda ou avaria de bagagem.

No que concerne ao atraso no transporte aéreo de mercadorias, fixou-se o mesmo limite pretérito de 17 DES por quilograma, reiterando, neste aspecto, as disposições elencadas no Protocolo de Montreal n. 3, que ainda não entrou em vigor, e a impossibilidade, mediante disposição expressa, de superação da limitação, subsistindo como ex-

¹⁷ Consideraciones jurídicas sobre el Convenio de Montreal de 1999. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 84, p. 22-25, dez. 2001. No mesmo diapasão, vide Stefano Zunarelli e Michele M. Comenale Pinto, *Manuale di Diritto della Navigazione e dei Trasporti*, 2. ed., Padova, Cedam, 2013, p. 441-448.

cludentes as disposições elencadas para perda, destruição ou avaria de carga, destacando-se, e.g., ato de guerra ou conflito, ou ato de autoridade pública correlacionado com a entrada, saída ou trânsito da mercadoria.

Para bagagens não registradas, nos moldes da Convenção de Varsóvia, subsiste a teoria da culpa, impondo-se ao passageiro o ônus da prova correlato.

Doutra banda, no que concerne à bagagem registrada, há responsabilidade objetiva do transportador, fixando-se patamar-limite de 1.000 DES (Direitos Especiais de Saque), com base de cálculo totalmente diversa da anterior. Com efeito, enquanto no denominado Sistema de Varsóvia se adotava o critério do peso por bagagem entregue, no novo sistema o *quantum* adrede referido será fixado por passageiro transportado. Por óbvio, à luz do novel diploma legal, a superação do limite estará condicionada à prova pelo passageiro de dolo ou culpa grave do transportador da bagagem, ou por meio de prévia declaração especial de valor, com o pagamento do correlato suplemento de tarifa.

No que concerne ao transporte aéreo doméstico, atualmente, vige em nosso país o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986).

Referido diploma legal aplica-se ao transporte aéreo doméstico (nacional ou regional), ou seja, aquele no qual os pontos de partida, intermediários e de destino estejam situados em território nacional. O transporte aéreo não perderá referido *status* quando, por motivo de força maior, a aeronave fizer escala em território estrangeiro, estando, porém, em território brasileiro seus pontos de chegada e de destino, *ex vi* do que preceitua o art. 215, caput e parágrafo único.

Observa-se a adoção, como regra, dos princípios do denominado Sistema de Varsóvia, de modo a fixar patamar-limite de indenização nas hipóteses de dano-evento a passageiros, bagagens e cargas. No que concerne ao cancelamento de voo, estipulou-se o direito ao reembolso do valor já pago (art. 229). Caso haja atraso na partida, ou interrupção ou atraso em aeroporto de escala, por período superior a quatro horas, poderá haver endosso da passagem ou reembolso do valor pago, cabendo ao transportador velar, no referido interstício temporal, pelas despesas de transporte, alimentação e hospedagem do passageiro, sem prejuízo da responsabilidade civil (arts. 230 e 231). Os aventados limites (aplicáveis nas searas contratual e extracontratual),

comportariam exclusão, tão somente, nas hipóteses de dolo ou culpa grave do transportador e seus prepostos.

Malgrado referidas assertivas, emergem peculiaridades cuja menção é de rigor.

Inicialmente, não se adotou a presunção de culpa, prevista na Convenção de Varsóvia, na medida em que, mesmo diante da comprovação de adoção de diligências imponentes, ou de que não era possível adotá-las, subsistiria o dever de indenizar. Vislumbra-se, pois, adoção da responsabilidade objetiva, nas searas contratual e extracontratual.

Cumpre, no entanto, analisar mencionados diplomas em cotejo com a obrigação de proteção, proposição de definição do contrato de transporte aéreo, Sistema de Defesa do Consumidor e novo Código Civil, já que, estes dois últimos, também apresentam normas aptas a regular o contrato em comento.

3. O contrato de transporte aéreo, o Sistema de Defesa do Consumidor e o advento do novo Código Civil. Apreciações conclusivas

O contrato de transporte aéreo como tipo geral é aquele no qual um sujeito (transportador) se obriga, frequentemente (embora não necessariamente), por meio de contraprestação pecuniária, a transferir pessoas e coisas de um lugar ao outro, em segurança e com celeridade, utilizando-se de veículo de transporte (aeronave) apto à navegação aérea.

Observe-se que, no contrato de transporte aéreo de passageiros, a obrigação de proteção imponente ao transportador afigura-se fundamental. Não se deve descurar, no entanto, de sua peculiaridade no que tange à celeridade, na medida em que, na percepção social do tipo contrato de transporte aéreo, esta é um elemento integrante e motivo determinante da contratação.

Desse modo, nas hipóteses de atraso em voo, preconizamos a aplicação de regime de responsabilidade objetiva do transportador, não prosperando, portanto, a eximente positiva da devida diligência e tampouco limites temporais mínimos fixados em legislação especial, como pré-requisito ao dever de indenizar, devendo-se sopesar, portanto, *in*

concreto, com circunstâncias específicas, eventual dano causado por atraso, em cotejo com conduta do usuário do transporte, de terceiro ou força maior extrínseca.¹⁸

Mencionado entendimento, aliás, é robustecido pelos ditames do art. 737 do novo Código Civil, o qual prevê que os horários divulgados pelo transportador são vinculantes, salvo eximente de força maior extrínseca, também denominada fortuito externo, o que corrobora nosso entendimento, no que se refere à responsabilidade objetiva do transportador aéreo por atraso, tornando, portanto, insubsistente, sob qualquer aspecto, a eximente positiva da devida diligência.

Nem se argumente, ademais, que o elemento rapidez do transporte pudesse colocar em risco a segurança do voo, visto que as eximentes correlacionadas com a responsabilidade objetiva permitiriam isenção de responsabilidade do transportador, máxime quando colocada em risco a obrigação de proteção do usuário, a qual, então, preponderará diante da celeridade.

Tecidas referidas ponderações, cumpre proceder à análise das repercussões providas do Sistema de Defesa do Consumidor e advento do novo Código Civil.

Como é cediço, em nosso país, diante do princípio fundante da dignidade da pessoa humana, predominância da ordem pública de proteção, bem como dos novos princípios contratuais vigentes, já mencionados anteriormente, o legislador constitucional erigiu a defesa do consumidor a direito fundamental, nos termos do art. 5º, XXXII, tendo o Código de Defesa do Consumidor concretizado referidos ditames e a norma do art. 48 das Disposições Transitórias implementado, a nosso ver, o princípio de proteção à parte mais fraca.

O Código de Defesa do Consumidor fixou, além disso, cláusula geral de responsabilidade civil escudada no risco da atividade profissional

¹⁸ Nesse sentido, consideramos manifestamente abusivas as normas insculpidas nos arts. 230 e 231, do Código Brasileiro de Aeronáutica, aplicáveis ao transporte aéreo doméstico, porquanto fixam limite mínimo de quatro horas para a caracterização de atraso indenizável e dever de assistência para endosso de bilhete. Para tal desiderato, levemos em conta, e.g., a duração de quarenta e cinco minutos em média, do trecho São Paulo-Rio de Janeiro, realizado em sistema de ponte-aérea, para verificarmos que, no intervalo de quatro horas, conforme preconiza o Código Brasileiro de Aeronáutica, poderiam ser realizados cinco voos no mencionado percurso. Outrossim, considerando a celeridade como importante elemento ínsito ao referido transporte, o lapso de tempo fixado em legislação específica não apreciaria, pelas máximas de experiência, prováveis compromissos profissionais agendados logo após o transporte no mencionado percurso. Para maiores detalhes, no que concerne ao atraso em voo, vide Marco Fábio Morsello, op. cit., p. 171-180.

do fornecedor, consagrando-se, pois, a responsabilidade objetiva, que abrange o transporte aéreo, naturalmente não inserido na ressalva prevista no art. 14, § 4º, do referido diploma legal.

A nosso ver, enquanto a pessoa natural é presumida consumidora, a pessoa jurídica somente poderá beneficiar-se das regras do microsistema consumerista quando demonstrar que não utilizou o produto para nova comercialização, retirando-o do ciclo produtivo ou utilizando-o como insumo, e quando houver a comprovação essencial de vulnerabilidade no caso concreto, por vezes atrelada a mister diverso daquele exercido pela empresa.

De fato, o destinatário final, como preconiza Claudia Lima Marques, “é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao cliente, seu consumidor”.¹⁹

Patente, destarte, a exclusão daquele que utiliza produto ou serviço para fins de revenda ou reinserção no ciclo produtivo, também denominado consumidor intermediário.²⁰

¹⁹ Cf. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 279.

²⁰ Nesse sentido: Marco Antonio Zanellato, Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. 173, jan./mar. 2003, observando que, “entende-se que a Lei 8.078/90 faz distinção entre o consumidor final e o consumidor intermediário, ao levar à ilação, em face do disposto no art. 2º, caput, que somente a aquisição para uso próprio, individual, familiar ou de terceiros será considerada como consumo, ficando ao largo de sua proteção a aquisição de bens ou serviços para utilização na atividade-fim da empresa.”; Antonio Herman V. e Benjamin, O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 26, p. 34-35, abr./jun. 1998; Newton De Lucca, O Código de Defesa do Consumidor: discussões sobre o seu âmbito de aplicação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 65, abr./jun. 1993; Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. e Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74 - aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 71-72, opinando que “destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. O destinatário final é consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos de preço, como insumo de sua produção.”; Sérgio Pinheiro Marçal, Código de Defesa do Consumidor: definições, princípios e o tratamento da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6, p. 100-101, abr./jun. 1993; Marco Aurélio Maselli Gouvêa, O conceito de consumidor e a questão da empresa como “destinatário final”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 190-192, jul./dez. 1997.

Outrossim, tendo em vista o primado específico das mencionadas normas, é evidente que o elemento vulnerabilidade emerge como outro pressuposto para a caracterização da figura.²¹

Com efeito, poderão surgir hipóteses de inserção do transportador aéreo como fornecedor e do transporte aéreo como serviço, sem, no entanto, caracterizar relação de consumo, na medida em que, por vezes, o usuário não se qualificará como consumidor.²²

De fato, considerando a vigência da Lei n. 8.078/90 há considerável lapso de tempo, observamos que sociedades comerciais bem organizadas, quando adquirem produtos ou utilizam serviços, propugnam por inserção no mencionado microsistema, que lhes seria mais benéfico. No entanto, a nosso ver, tal conduta é injustificável, visto que o escopo do Código de Defesa do Consumidor é a proteção especial de um grupo da sociedade considerado mais vulnerável, ou seja, aqueles que efetivamente necessitam de proteção, elidindo-se, então, a vulgarização de seus preceitos, de modo a não abranger relações interempresariais e de lucro correlacionadas com os denominados profissionais-consumidores, que certamente findariam por fragilizar o nível de proteção destinado aos mais vulneráveis.²³

Destarte, na hipótese de contrato de transporte aéreo de mercadorias, somente quando comprovada a condição de destinatário final, fático e econômico do produto ou serviço, com mister diverso daquele correlacionado com a mercadoria adquirida ou serviço utilizado, sem prejuízo de prova de efetiva vulnerabilidade, aplicar-se-á excepcionalmente o microsistema consumerista, sob pena de deslustrá-lo.

Conclui-se que, neste contrato, uma vez não comprovados os requisitos excepcionais elencados no parágrafo anterior, a fixação prévia

²¹ Nesse sentido: Juliana Santos Pinheiro, O conceito jurídico de consumidor. In: Gustavo Tepedino (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 334-336.

²² Nesse sentido, Antônio Herman de V. e Benjamin, O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor, op. cit., p. 36.

²³ Nesse sentido: Marco Antonio Zanellato, op. cit., p. 187-189; Newton Luiz Finato, Contrato de transporte aéreo e a proteção do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 185, abr./jun. 2002, afirmando que “vemos com cautela a extensão da proteção ampla, pois poderia descharacterizar a natureza protetiva do Código de Defesa do Consumidor, sabido que aquele que tudo protege perde a sua especificidade”. No mesmo diapasão, trazendo a lume a dicotomia contratos existenciais e de lucro, com densidade diversa na aplicação de princípios contratuais, vide Marco Fábio Morsello, Contratos existenciais e de lucro: análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos, in: Renan Lotufo, Giovanni Ettore Nanni e Fernando Rodrigues Martins (Coord.), *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2012, p. 273-291.

de patamar-limite indenizável afigura-se legítima, cabendo, no âmbito das relações interempresariais, a contratação de eventual seguro complementar pelo usuário do transporte, empresário-adquirente, evitando repasse para a tarifa dos custos que adviriam da inexistência de qualquer limite nessa seara.

Por via de consequência, nas relações interempresariais e de lucro, não se caracterizando o *status* de destinatário final, bem como a vulnerabilidade do adquirente de produto ou serviço, que poderá salvaguardar seus interesses, aplicar-se-ão os diplomas legais aeronáuticos; se houver incompatibilidade entre estes e o novo Código Civil, aplicar-se-á este último.

Referida posição foi robustecida, sob nossa ótica, pelo novo Código Civil, na medida em que, no contrato de transporte de coisas, admitiu-se expressamente a fixação prévia de patamar-limite indenizável, nos termos do art. 750.

Por outro lado, nos contratos de transporte aéreo de passageiros e bagagens, vige relação de consumo, que possibilita a reparação integral do dano, *ex vi* do que preceituam os arts. 6º, VI e 22, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90, que prevalecem, nesse aspecto, diante de disposições em contrário fixadas no Sistema de Varsóvia, na Convenção de Montreal e no Código Brasileiro de Aeronáutica, ressalvando-se, no tocante ao transporte de bagagens, a formação do juízo de verossimilhança no que concerne à prova do seu conteúdo.

De fato, da análise do microsistema tutelador dos direitos do consumidor, observa-se que estes estão agrupados pela função e não pelo objeto, evidenciando alcance e segmentação horizontais no âmbito das denominadas relações de consumo, que preponderam, pois, com fulcro no critério da especialidade, diante de outros diplomas legais que eventualmente apresentem campos de aplicação idênticos, com normas mais desfavoráveis ao consumidor, mesmo à luz do advento da Convenção de Montreal e do novo Código Civil.²⁴

²⁴ Nesse sentido, quanto à subsistência dos ditames da Lei n. 8.078/90, mesmo diante do advento do novo Código Civil, vide: Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. e Benjamin e Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74 – aspectos materiais, op. cit., p. 34-36.; Maria Helena Diniz, Parte especial – Livro complementar - Das disposições finais e transitórias. In: Antonio Junqueira de Azevedo (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22, p. 565-569.; Carlos Roberto Gonçalves, Parte especial: Do direito das obrigações,

Tecidas referidas ponderações, cumpre ressaltar que o novo Código Civil regulamentou o contrato de transporte, estipulando em seu art. 732 que prevalecerá caso as normas de outros diplomas legais reguladores da mesma matéria denotem incompatibilidade com seus ditames.²⁵

Sucede que tal assertiva, a nosso ver, não implica, em nenhum momento, o afastamento do princípio da indenização integral fixado no sistema de defesa do consumidor, pelas razões já expostas anteriormente, com espeque no critério da especialidade.

Ademais, procedendo à análise do contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil, inexistente norma expressa fixadora de patamar-limite indenizável na hipótese de dano-evento morte ou lesão corporal. Ao revés, a norma fixada no art. 734 permite diálogo das fontes – na feliz expressão de Erik Jayme, utilizada por Claudia Lima Marques²⁶ – com o microsistema consumerista, levando-nos à conclusão de que a ilimitação do montante indenizável é a regra no contrato de transporte de pessoas, diferentemente, e.g., do transporte

op. cit., v. 11, p. 144.; Ruy Rosado de Aguiar Júnior, O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor – pontos de convergência, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 48, p. 57, out./dez. 2003, asserverando que, “no conflito entre princípios, aplica-se à relação de consumo o do Código de Defesa do Consumidor”; Renan Lotufo, O contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 21, jul./set. 2002, observando que “é regra de interpretação que a norma geral só revoga a especial quando expressamente assim dispõe. A dicção revogadora da incidência das normas especiais conflitivas haveriam que ser expressamente indicadas, pois não se pode entender que de maneira genérica o Código Civil revogue o Código de Defesa do Consumidor, que é evidentemente especial diante da generalidade do Código Civil.”; Adalberto Pasqualotto, O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 96-110, jul./set. 2002, concluindo (op. cit., p. 110), que: “A entrada em vigor do novo Código Civil brasileiro, em janeiro de 2003, nenhum prejuízo trará aos consumidores. O Código de Defesa do Consumidor é lei especial perante o Código Civil e sua aplicação será beneficiada pela instituição do direito de empresa. (op. cit.). De outra parte, certas disposições do novo Código Civil que estipulem patamares de proteção inferiores aos estabelecidos no CDC em nada afetarão os consumidores, em virtude do princípio de que a lei especial prevalece sobre a lei geral, enquanto normas convergentes e complementares ao CDC, eventualmente mais amplas ou benéficas, poderão ser aplicadas supletivamente em favor dos consumidores”.

²⁵ Nesse sentido, Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. e Benjamin e Bruno Miragem, op. cit., p. 37 elucidando que, “como toda regra tem sua exceção, também no CC/2002 há uma exceção expressa: em matéria de contrato de transporte, o art. 732 prevê a subsidiariedade das leis especiais, mesmo de fonte internacional, como a Convenção de Varsóvia. Aqui se prevê, pois, a aplicação prioritária das novas normas do CC/2002 em exceção ao sistema normal, que é de aplicação subsidiária”. Tal premissa, no entanto, a nosso ver, não tem o condão de desnaturar o princípio da reparação integral, em sede de relações de consumo.

²⁶ Cf. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1167 a 74 - aspectos materiais, op. cit., p. 26.

de coisas, em que o legislador optou pela menção à existência de limitação, *ex vi* do que preceitua o art. 750 do novo diploma legal.²⁷

Cumprе anotar, outrossim, que, sob a ótica constitucional, a defesa do consumidor consubstancia direito fundamental (art. 5º, XXXII), de eficácia plena, de modo que a existência de norma em antinomia com aquelas que tenham implementado a mencionada defesa naturalmente não poderá subsistir, levando-se em conta a força normativa que promana da Constituição Federal. Nesse aspecto, não há como negar, ademais, que o dever de segurança e proteção previsto no art. 5º, *caput*, do ordenamento constitucional pátrio abrangerá o consumidor, principalmente nas atividades de risco, como o transporte aéreo.²⁸

No que concerne ao Sistema de Varsóvia e Convenção de Montreal, sua classificação como tratados internacionais, não tem o condão de viabilizar inserção nos ditames do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, acrescido com fundamento na Emenda Constitucional n. 45.

De fato, no que concerne ao Sistema de Varsóvia, como mencionado alhures, este se fundamenta na pretérita ordem pública de direção, visando privilegiar desenvolvimento do ramo aeronáutico, obstaculizando, a nosso ver, a justa compensação à vítima e o correlato alcance da obrigação de proteção, vulnerando o próprio escopo dos tratados internacionais de direitos humanos e os princípios insculpidos na Convenção de Viena, de 1969. Outrossim, malgrado os ingentes esforços, que culminaram no advento da Convenção de Montreal, depreende-se, à evidência, que não se caracteriza como tratado de direitos humanos, existindo, inclusive, restrições ao direito do usuário consumidor, como, *e.g.*, na fixação do *two-tier system*, adrede mencionado.

Ademais, cumpre observar que nossa tradição pretoriana recente evidencia inexistência de privilégio hierárquico dos tratados internacionais deste jaez, quando cotejados com a lei ordinária. De fato, a

²⁷ Nesse sentido, Renan Lotufo, O contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil, op. cit., p. 212, asseverando que, “as disposições do novo Código Civil conflitam com o teor da Convenção de Varsóvia e mesmo com o teor das nossas leis referentes aos transportadores aeronáutico e marítimo, que fixam limitações ao valor das indenizações, a pretexto de serem hipóteses de responsabilidade objetiva. A disposição do art. 734 está conforme o conteúdo constitucional que se refere às pessoas, ao ser humano como valor fundamental e à vida como merecedora de proteção especial. Aqui a regra do art. 732 tem plena aplicação, ou seja, as limitações de outros diplomas não interferem”.

²⁸ Para maiores detalhes acerca do sistema de defesa do consumidor e correlata repercussão na seara do contrato de transporte aéreo, vide Marco Fábio Morsello, *Responsabilidade civil no transporte aéreo*, op. cit., p. 390-422.

corrente dualista, fulcrada na paridade entre o tratado e a lei nacional, foi consagrada nos Estados Unidos da América, obtendo aceitação e prevalência em nosso país, máxime a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 80.004, no qual, como informa José Francisco Rezek, restou “assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano, deve ter sua prevalência garantida pela justiça – sem embargo das consequências do descumprimento”.²⁹

Nem se argumente, aliás, que o art. 178 da Constituição Federal denotaria preponderância *in casu*. De fato, a nosso ver, os direitos fundamentais de defesa do consumidor e a obrigação de segurança e proteção preponderam diante do art. 178 da Constituição Federal, de modo que, caso subsistisse efetivo conflito de normas, emergiria para o último dispositivo o *status* de norma constitucional inconstitucional, como preconiza Otto Bachof.³⁰ Sob nossa ótica, no entanto, afigura-se plenamente factível compatibilizar a norma do art. 178 com os direitos fundamentais suprarreferidos, concluindo-se que a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, que deverão estar em conformidade com o dever de segurança e proteção à pessoa e ao consumidor, preponderantes, na referida hipótese.³¹

²⁹ Cf. *Direito Internacional Público*, 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 105-106, resumindo ulteriores dados referentes à fundamentação do julgado, publicado em RTJ 83/809: “A maioria valeu-se de precedentes do próprio Tribunal para dar como indúvidosa a introdução do pacto – no caso, a Lei uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias – na ordem jurídica brasileira, desde sua promulgação. Reconheceu, em seguida, o conflito real entre o pacto e um diploma doméstico de nível igual ao das leis federais ordinárias – o Decreto-Lei n. 427/69, posterior, em cerca de três anos, à promulgação daquele –, visto que a falta de registro da nota promissória, não admitida pelo texto de Genebra como causa de nulidade do título, vinha a sê-lo nos termos do decreto-lei. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico”. Infere-se, outrossim, que referido autor perfilha doutrinariamente o mesmo entendimento (op. cit., p. 102-103) ao dispor que, “o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado”.

³⁰ Cf. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manoel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 54-59, elucidando a existência de inconstitucionalidade de normas constitucionais em virtude de contradição com normas constitucionais de grau superior. No mesmo sentido, na doutrina peninsular, vide Vezio Crisafulli e Livio Palladin, *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990, p. 9.

³¹ Nesse sentido, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1096-1099, que, referindo-se ao âmbito do “catálogo-tópico” dos princípios da interpretação constitucional, elenca o importante princípio da concordância prática ou

Cumpra destacar, outrossim, ainda sob o prisma dos tratados internacionais, que na Convenção de Viena de 1969, que os regula, muito embora fixada sua superioridade hierárquica em relação às leis ordinárias de vários países, admite-se sua rejeição no bojo de ordenamentos jurídicos internos, quando vulnerado eventual direito fundamental.³² Eis, pois, sob nossa ótica, outro fundamento para a rejeição de montantes indenizáveis, que em verdade não protegem efetivamente a vítima ou herdeiros na hipótese de dano-evento.

De fato, além da incompatibilidade com o novo paradigma vigente, no seio da própria ordem internacional e dos tratados correlatos, há infração aos ditames do ordenamento constitucional pátrio, no âmbito do dever de segurança e proteção referido, em conjunto com a justa reparação da vítima e proteção ao consumidor, espelhados no princípio da reparação integral.

Ademais, o alcance da obrigação de proteção, conjuntamente com o princípio de justa compensação às vítimas, permitem inferir inclusão da figura dos danos extrapatrimoniais, com fulcro em força normativa advinda da Constituição Federal, nos termos do art. 5º, V e X, razão pela qual as restrições expressas fixadas nesse aspecto pela Convenção de Montreal não se afiguram vinculantes.

Nesse contexto, sobreleva acrescentar que, a obrigação de proteção ao passageiro se encontra ínsita na própria avença pactuada, sendo importante ressaltar que a preocupação crescente com a proteção à pessoa, independentemente da qualificação contratual ou extracontratual, propicia, a nosso ver, concepção *lato sensu* do conceito de

harmonização, asseverando que, “este princípio não deve divorciar-se de outros princípios de interpretação já referidos (princípio da unidade, princípio do efeito integrador). Reduzido ao seu núcleo essencial o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.

³² Nesse sentido: Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1995. p. 263-266, afirmando que, em observação aos ditames da redação final do art. 46 da referida Convenção, “Vê-se que a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados se definiu por concepção eclética: um Estado não pode, em princípio, invocar a violação do seu Direito Interno, como viciando o seu consentimento no plano internacional (tese internacionalista)., mas há uma exceção para o caso da violação ser manifesta e concernente a uma regra do Direito Interno de importância fundamental (tese constitucionalista)”; Mirtô Fraga, *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno*, Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 33-34. Referida autora assevera, outrossim (op. cit., p. 123-126), que conquanto raríssimas as ocorrências, no conflito entre o tratado e a Constituição, esta última prevalecerá.

acidente, abrangendo todo acontecimento ou dano-evento correlacionado com a atividade de transporte do fornecedor, ou seja, incluindo, portanto, incidentes ou irregularidades, superadores de definição restritiva prevista no Sistema de Varsóvia, não modificada nesse aspecto pela Convenção de Montreal.

Por via de consequência, nos acidentes aéreos, o dano derivado de causa desconhecida, que, pelas máximas de experiência, enseja inúmeros percalços às vítimas e seus herdeiros, impõe ao transportador os ônus correlatos.³³

³³ Para maiores detalhes acerca da denominada teoria da causa desconhecida e interpretação do conceito de acidente aeronáutico, vide Marco Fábio Morsello, *op. cit.*, p. 258-266.

Bibliografia consultada

ALPA, Guido. *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1999. v. 4 – La responsabilità civile.

ANDRADE, Alessandra Arrojado Lisboa de. Convenção de Montreal: derradeira esperança para o transporte internacional. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, n. 78, p. 2-18, nov. 1999.

ANTONINI, Alfredo. La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: Protocolli di Montreal, Varsavia-Montreal, Regolamento Comunitario. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 615-657, 2000.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11 e 22.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manoel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BALLARINO, Tito; BUSTI, Silvio. *Diritto aeronautico e spaziale*. Milano: Giuffrè, 1988.

BAUDOUIN, Jean Louis; DESLAURIERS, Patrice. *La responsabilité civile*. 5. ed. Québec: Yvon Blais, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 26, p. 33-44, abr./jun. 1998.

_____. MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: arts. 1º a 74 - aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BOLLVEG, Hans-Georg. Das Montrealer Übereinkommen. Rückblick-Überblick-Ausblick. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n. 49, Heft 4, p. 439-466, 2000.

BUSTI, Silvio. Contratto di trasporto aereo. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Antonio (Dir.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 2001. t. 3.

_____. BALLARINO, Tito. *Diritto aeronautico e spaziale*. Milano: Giuffrè, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

COMENALE PINTO, Michele M. Riflessioni sulla nuova Convenzione di Montreal del 1999 sul trasporto aereo. *Diritto Marittimo*, Genova, fasc. 3, p. 798-830, 2000.

_____. ZUNARELLI, Stefano. *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*. 2. ed. Padova: Cedam, 2013.

CRISAFULLI, Vezio; PALADIN, Livio. *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990.

DE JUGLART, Michel. *Traité de droit aérien*. 2. ed. atual. por Emmanuel du Pontavice, Jacqueline Dutheil de La Rochère e Georgette M. Miller. Paris: LGDJ, 1989. t. 1 e 2.

DE LUCCA, Newton. O Código de Defesa do Consumidor: discussões sobre o seu âmbito de aplicação. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 61-68, abr./jun. 1993.

DEMPSEY, Paul S.; MILDE, Michael. *International Air Carrier Liability. The Montreal Convention of 1999*. Montreal: McGill University, Centre for Research in Air and Space Law, 2005.

DINIZ, Maria Helena. Parte especial – livro complementar – das disposições finais e transitórias. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 22.

DRION, H. *Limitation of liabilities in international air law*. The Hague, 1954.

FINATO, Newton Luiz. Contrato de transporte aéreo e a proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 42, p. 173-186, abr./jun. 2002.

FOLCHI, Mario O. (Coord.). *Transporte aéreo internacional. Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional-Montreal 1999*. Buenos Aires: ALADA, 2002.

FOLLIO, Michel G. La modernisation du système varsovien de responsabilité du transporteur. La Conférence Internationale de Montréal (10-28 mai 1999). *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA)*, Paris, v. 212, n. 4, p. 409-437, oct./déc. 1999.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GATES, Sean. *La Convention de Montréal de 1999*. *Revue Française de Droit Aérien et Spatial (RFDA)*, Paris, v. 212, n. 4, p. 439-446, oct./déc. 1999.

GIEMULLA, Elmar et al. (Org.). *Warsaw Convention – annotated*. The Hague: London : Boston: Kluwer, 2001.

GODFROID, Marc; NAVEAU, Jacques. *Précis de droit aérien*. Bruxelles: Bruylant, 1988.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Parte especial: do direito das obrigações. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 11.

GOUVÊA, Marco Aurélio Maselli. O conceito de consumidor e a questão da empresa como “destinatário final”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 187-192, jul./dez. 1997.

HERMIDA, Julian. The new Montreal Convention: the international passenger’s perspective. *Air and Space Law*, The Hague, v. 26, n. 3, p. 150-154, 2001.

JAKOB, Arie. The modernization of the Warsaw system – the Montreal Convention of 1999. *Annals of Air and Space Law*, Montréal, v. 24, p. 333-353, 1999.

JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. 4. ed. Dalloz: Paris, 1998.

KIONKA, Edward J. *Torts in a nutshell*. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1996.

LARENZ, Karl. *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil*. 14. ed. München: Ch. Beck Verlag, 1987.

LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. Tese para Concurso de Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

LOTUFO, Renan. O contrato de transporte de pessoas no novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 205-214, jul./set. 2002.

MANKIEWICZ, René H. *The liability regime of the international carrier: a commentary on the present Warsaw system*. Dordrecht: Kluwer, 1981.

MAPELLI, Enrique. Consideraciones jurídicas sobre el Convenio de Montreal de 1999. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 84, p. 22-25, dez. 2001.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Código de Defesa do Consumidor: definições, princípios e o tratamento da responsabilidade civil. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 6, p. 98-108, abr./jun. 1993.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 - aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MASTRANDREA, Gerardo. *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*. Padova: Cedam, 1994.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do direito comparado e do direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris, 1995.

MILDE, Michael. Liability in international carriage by air: the new Montreal Convention (28 May 1999). *Uniform Law Review = Revue de Droit Uniforme*, Rome, v. 4, n. 4, p. 835-861, 1999.

_____. DEMPSEY, Paul S. *International Air Carrier Liability. The Montreal Convention of 1999*. Montreal: McGill University, Centre for Research in Air and Space Law, 2005.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: arts. 1º a 74 – aspectos materiais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Contratos existenciais e de lucro. Análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*, São Paulo, Atlas, 2012. p. 292-307.

MÜLLER-ROSTIN, Wolf. Die Internationale Luftrechtskonferenz von Montreal zur Reform des Warschauer Abkommens. *Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (ZLW)*, Köln, n. 49, Heft 1, p. 36-51, 2000.

NAVEAU, Jacques; GODFROID, Marc. *Précis de droit aérien*. Bruxelles: Bruylant, 1988.

NIESTER, Werner; SCHWENK, Walter; STUKENBERG, Dieter. *Handbuch des Luftverkehrsrechts*. 2. ed. rev. e ampl. Berlin: Carl Heymanns, 1996.

PALADIN, Livio; CRISAFULLI, Vezio. *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam, 1990.

PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 43, p. 96-110, jul./set. 2002.

PINHEIRO, Juliana Santos. O conceito jurídico de consumidor. In: TEPE-DINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 325-356.

REZEK, J. F. *Direito internacional público: curso elementar*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUEZ, Bianca. Recent developments in aviation liability law. *Journal of Air Law and Commerce*, Dallas, v. 66, n. 1, p. 21-127, Winter 2000.

SCHILLER, Kaspar. Vom Warschauer zum Montrealer Abkommen – einige Aspekte der neuen Haftungsordnung im Lufttransport. *Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ)*. Zürich, v. 96, n. 8, p. 184-189, 2000.

SCHMID, Ronald et al. *Warsaw Convention – annotated*. The Hague: London: Boston: Kluwer, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

SCHWENK, Walter; NIESTER, Werner; STUKENBERG, Dieter. *Handbuch des Luftverkehrsrechts*. 2. ed. rev. e ampl. Berlin: Carl Heymanns, 1996.

SESSELI, Jacques. *La notion de faute dans la Convention de Varsovie*. Lausanne: Société Anonyme de L'Imprimerie Rencontre, 1961.

SHAWCROSS, Christophfer N. et al. *Air law*. 3. ed. London: Butterworths, 1966. v. 1 e 2.

STUKENBERG, Dieter; SCHWENK, Walter; NIESTER, Werner. *Handbuch des Luftverkehrsrechts*. 2. ed. rev. e ampl. Berlin: Carl Heymanns, 1996.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOURNEAU, Philippe le; CADIET, Loïc. *Droit de la responsabilité*. Paris: Dalloz, 1998.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado internacional dos direitos humanos*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003. v. 1, 2 e 3.

VINEY, Geneviève. *Traité de droit civil*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1995. v. 1 – Introduction à la responsabilité. (Dir. Jacques Ghestin).

WEBER, Ludwig; JAKOB, A. The modernization of the Warsaw system – the Montreal Convention of 1999. *Annals of Air and Space Law*, Montréal, v. 24, p. 333-353, 1999.

ZAMPONE, Alessandro. Le nuove norme sulla responsabilità del vettore nel trasporto aereo internazionale di passeggeri. *Diritto dei trasporti*, Cagliari, p. 7-29, 2000.

ZANELLATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 45, p. 172-191, jan./mar. 2003.

ZUNARELLI, Stefano; COMENALE PINTO, Michele M. *Manuale di diritto della navigazione e dei trasporti*. 2. ed. Padova: Cedam, 2013.

Responsabilidade civil contratual no transporte aéreo: hipóteses de não incidência à luz do Código de Defesa do Consumidor

*Adriana Tayano Fanton Furukawa*¹
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

As aeronaves foram criadas para satisfazer a aspiração do homem, consistente na possibilidade de voar. O setor de transporte aéreo desenvolveu-se significativamente na época da Primeira Guerra Mundial, em 1914, e desde então se vem aprimorando, contando atualmente com aeronaves de alta tecnologia e sofisticação, sendo considerado uma das formas mais seguras e céleres de transporte.

Em sua fase inicial, como se tratava de um setor em desenvolvimento e a maioria das empresas aéreas era de controle estatal, sob a denominada ordem pública de direção, as legislações que surgiram eram limitadoras de indenização, tal como a Convenção de Varsóvia, de 1929, buscando a proteção do setor em crescimento.

Com o passar dos anos, o transporte aéreo comercial foi crescendo, até chegar à utilização em larga escala, como nos dias atuais.

Dessa maneira, houve uma mudança de paradigma, pois, atualmente, com o setor já desenvolvido, a maior parte das empresas aéreas está sob o controle do particular e o Estado atua sob o prisma da ordem pública de proteção, e não mais de direção. Houve uma mudança de foco, buscando-se tutelar os usuários, e não mais o setor outrora em crescimento. Daí a necessidade de objetivação da responsabilidade do transportador, para que os usuários não fiquem desprotegidos. Tal fato

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP (2004). Pós-graduada em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura – Núcleo Regional de Sorocaba. Professora assistente no curso de pós-graduação em Direito Civil pela Escola Paulista da Magistratura – Núcleo Regional de Sorocaba (2015).

também acarretou uma mudança de postura do transportador, impulsionando-o ao aperfeiçoamento de suas atividades e à prevenção.

Essa objetivação foi acompanhada pela legislação e vem positivada no Código de Defesa do Consumidor, o qual reconhece a vulnerabilidade do consumidor e busca reequilibrar a relação, possibilitando-lhe a ampla e integral reparação de danos.

Importante observar que a responsabilidade objetiva não se confunde com risco integral, pois admite as chamadas causas excludentes, ou melhor, causas de não incidência da responsabilidade, quais sejam: caso fortuito externo e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. Além disso, existem causas específicas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor, que são a não colocação do produto no mercado e a inexistência de defeito do produto ou serviço. O presente estudo está dedicado justamente à análise das referidas causas em razão da importância jurídica do tema, bem como de sua ampla utilização e praticidade nos dias atuais.

O presente trabalho tem o intuito de fornecer uma visão panorâmica e uma análise dos princípios basilares relacionados à responsabilidade civil contratual do transportador aéreo, notadamente no que se refere às causas de não incidência da responsabilidade, fazendo-o à luz do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1988.

I. Perfil dogmático da responsabilidade civil contratual no transporte aéreo e sua objetivação

1.1 O enquadramento do transporte aéreo no âmbito das relações de consumo

O contrato de transporte aéreo firmado entre passageiro e empresa aérea enquadra-se no conceito de relação de consumo, pois os passageiros adquirem a passagem aérea como destinatários finais e a empresa aérea se caracteriza como fornecedora, prestando serviço tipicamente consumerista².

Por conseguinte, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor, inspiradas no texto constitucional e com a força normativa

² Quanto à definição de serviço, o conceito de remuneração, como requisito essencial, deve ser interpretado de forma ampla, abrangendo a remuneração direta e a indireta, como no caso de aquisição de passagens aéreas por meio do programa de milhagens.

daí decorrente. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, XXXII, elenca a defesa do consumidor como um dos direitos fundamentais, constituindo, portanto, cláusula pétrea. O artigo 170 da Constituição Federal também prevê, em seu inciso V, a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica.

Assim, considerando que as normas de defesa do consumidor possuem *status* constitucional, têm prevalência em relação às normas de hierarquia inferior e aos tratados internacionais que sejam com elas incompatíveis. Por conseguinte, conforme será analisado em item próprio, o Código Civil de 2002, o Código Brasileiro de Aeronáutica, bem como a Convenção de Varsóvia e seus protocolos complementares aplicam-se naquilo em que não forem incompatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, interpretando-se as normas à luz do microsistema consumerista e da Constituição Federal, como ocorre no caso da limitação e tarifação da indenização, as quais devem ser consideradas como patamares mínimos indenizáveis, em face do princípio da reparação integral.

A caracterização do transporte aéreo como relação de consumo é de extrema importância, pois serão aplicadas as normas protetivas previstas no Código de Defesa do Consumidor, notadamente os direitos de segurança, proteção e informação, o dever de prevenção, a objetivação da responsabilidade do fornecedor, a possibilidade de inversão do ônus da prova e o caráter excepcional das excludentes de responsabilidade, cujo ônus probatório fica a cargo do fornecedor.

Nos próximos tópicos, tais aspectos serão analisados mais detidamente, evidenciando a importância do tema, sempre se atentando para a função iluminante da Constituição Federal.

1.2 A objetivação da responsabilidade civil contratual no transporte aéreo

O instituto da responsabilidade civil, tradicionalmente, foi amparado na culpa. Com o advento da Revolução Industrial, o paradigma começou a ser modificado, pois o aumento da produtividade e dos contratos em massa também trouxe o aumento do número de sinistros e acidentes de trabalho, evidenciando o desequilíbrio das relações e demonstrando que o sistema até então existente era insuficiente para tutelar as vítimas de dano-evento. Isso porque as vítimas, invariavelmente, não tinham condições de demonstrar a culpa embasadora da responsabilidade civil

e, assim, ficavam desamparadas. Por outro lado e por via reflexa, o sistema permitia uma situação cômoda ao empregador e, no caso do tema em análise, ao transportador, os quais não sentiam a necessidade de aprimorar os serviços prestados, de se esmerar na obrigação de segurança e proteção, tampouco se atentavam para o dever de prevenção.

Com a mudança do paradigma e a objetivação da responsabilidade, verificaram-se dois efeitos principais. O primeiro, do ponto de vista das vítimas, as quais passaram a serem tuteladas com o reconhecimento de sua hipossuficiência, notadamente técnica e probatória, e passaram a ter disponíveis mecanismos proporcionadores de sua ampla e integral reparação. O segundo, do ponto de vista dos transportadores, os quais passaram a ter maior preocupação com seus deveres de segurança e proteção, prevenção de danos e acidentes, bem como aprimoramento dos serviços prestados.

Destaca-se, neste ponto, a função iluminante da Constituição Federal, a qual, em seu artigo 5º, “caput”, prevê o direito à segurança e a respectiva obrigação, como cláusula geral. A objetivação da responsabilidade também vem prevista no artigo 37, § 6º, e no artigo 21, inciso XXIII, alínea “c”, da Constituição Federal.

Na mesma esteira, reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor prevê a segurança como um dos direitos básicos, bem como a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais (artigo 6º, inciso VI, do CDC). Em seus artigos 12 e 14, prevê a responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços “independentemente da existência de culpa”, consagrando a responsabilidade objetiva.

Assim, comprovados o dano e o nexo de causalidade, a vítima tem consagrado o direito ao ressarcimento integral, independentemente de culpa, cabendo ao fornecedor comprovar uma das causas de não incidência da responsabilidade, se existentes. Houve a superação da culpa como base para responsabilidade civil, a qual passou a ter o risco como novo fundamento, evoluindo para a responsabilidade objetiva, com possibilidade de inversão do ônus da prova³.

3 Conforme define, com propriedade, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino: “Assim, a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco, é uma imputação atribuída por lei a determinadas pessoas de ressarcirem os danos provocados por atividades exercidas no seu interesse e sob seu controle, sem que se proceda a qualquer indagação sobre o elemento subjetivo da conduta do agente ou de seus prepostos, bastando a relação de causalidade entre o dano sofrido pela vítima e a situação de risco criada pelo agente. Imputa-se a obrigação de indenizar a quem conhece e domina a fonte de

Como consequência da responsabilidade objetiva, o fornecedor não poderá alegar a inocorrência de culpa, entre as causas excludentes de responsabilidade, salvo a culpa exclusiva da vítima. E a prova das excludentes, se existirem, compete ao fornecedor.

O consumidor não precisa provar a existência do defeito, o qual é presumido, cabendo ao fornecedor comprovar a inexistência dele (artigo 12, § 3º, II e artigo 14, § 3º, I, do CDC). Ao consumidor basta comprovar dano e o nexo de causalidade, fazendo jus ao ressarcimento pleno e integral.

1.2.1 Princípio da reparação integral e tarifação da indenização

A reparação integral dos danos tem base constitucional, no artigo 5º, incisos V e X, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. No âmbito do Código de Defesa do Consumidor, ela vem consagrada como um direito básico do consumidor, previsto no artigo 6º, inciso VI. Para garanti-la, o microsistema prevê um conjunto de normas e disposições, estabelecendo, notadamente, a responsabilidade objetiva e a facilitação da defesa dos direitos do consumidor em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova⁴.

A reparação integral significa recompor o status quo ante, como se o direito não houvesse sido lesado, ou, na impossibilidade, ressarcir pelo equivalente à lesão suportada, proporcionando uma justa compensação à vítima. Também significa abranger tanto os danos materiais quanto os morais, recompondo-os em sua plenitude.

Como consequência, não se admite a chamada tarifação da indenização, ou seja, a fixação de limites pré-estabelecidos ou indexadores pela legislação infraconstitucional, como teto ao valor da indenização. É o que ocorre com o Código Brasileiro de Aeronáutica, no âmbito do

origem do risco, devendo, em face do interesse social, responder pelas consequências lesivas da sua atividade". (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.).

⁴ Antes dessa sistemática, as vítimas não tinham condições de comprovar os danos que sofreram e ficavam irressarcidas. Com a objetivação da responsabilidade e os mecanismos facilitadores da defesa em juízo, basta que as vítimas comprovem o dano e o nexo de causalidade, cabendo ao fornecedor desconstituir a responsabilidade daí decorrente, por meio da comprovação das causas excludentes.

transporte aéreo doméstico, e com a Convenção de Varsóvia, no âmbito do transporte aéreo internacional, os quais preveem limites para os valores da indenização.

Por tais razões, questiona-se a constitucionalidade dos referidos diplomas, no que dizem respeito aos limites indenizatórios⁵.

Em razão da função iluminante da Constituição Federal e da chamada interpretação conforme a Constituição, é possível a compatibilização e harmonização dos diplomas, interpretando-se os valores tarifados como um parâmetro ou patamar mínimo de reparação, não impedindo que o consumidor seja ressarcido pelos danos que comprovar e que extrapolem o valor previamente fixado pela legislação extravagante.

Assim, os limites de indenização previstos no Código Brasileiro de Aeronáutica e no Sistema de Varsóvia devem ser considerados como patamares mínimos indenizáveis, em face do princípio da reparação integral, de origem constitucional. As normas de defesa do consumidor, por traduzirem direito fundamental previsto na Constituição Federal, têm prevalência, notadamente no que se refere aos princípios de proteção e reparação integral. Tais diplomas serão aplicáveis naquilo em que não contrariarem as normas de defesa do consumidor ou para relações que não se caracterizem como relações de consumo.

Os tratados internacionais devem ser respeitados e inclusive estão contemplados pelo artigo 7º, “caput”, do Código de Defesa do Consumidor, mas desde que não violem direitos fundamentais assegurados pela Lei Maior. Nesse caso, será possível o chamado “diálogo das fontes”, realizando-se a interpretação conforme a constituição, interpretando-se a tarifação e limitação da indenização como patamares mínimos indenizáveis, sem prejuízo do complemento da indenização com

⁵ Nesse sentido: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>>. Acesso em: 31 out. 2014: “Sem maior digressão, é lícito afirmar que os limites indenizatórios do transporte aéreo não passam pelo teste constitucional da dignidade humana nem, muito menos, da justiça e solidariedade social. É, não há como negar, um critério anti-dignidade (em particular porque abstrai o valor real da vida humana), iníquo (viola os mais comecinhos traços da justiça, já que desequipara) e antisolidarista (impõe o ônus do risco à parte que não o criou, precisamente o sujeito vulnerável na relação). A cláusula de limitação tem um efeito desestruturador do sistema indenizatório, pois frustra ou restringe a apreciação do dano pelo juiz, que passa a ser impedido de julgar ou a julgar parcialmente as lesões sofridas pela vítima. Por isso mesmo, há violação do art. 5º, inc. XXXV, da Constituição (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), garantia moldada em norma pétrea”.

os danos materiais e morais que forem constatados e demonstrados⁶. Desse modo, os referidos diplomas legais serão harmonizados com o princípio da reparação integral e com a Constituição Federal.

1.2.2 Deveres laterais ou anexos

Conforme exposto nos itens anteriores, o fornecedor pode comprovar uma das causas de não incidência da responsabilidade, as quais serão estudadas no próximo tópico. No entanto, cumpre salientar que mesmo estando presentes uma dessas causas, o transportador não se exime dos chamados deveres laterais ou anexos.

Tais deveres decorrem do princípio da boa-fé objetiva. São aqueles que não estão diretamente ligados aos deveres principais da obrigação, mas visam assegurá-la, para que alcance o fim almejado⁷.

São divididos em deveres de proteção, de lealdade e de esclarecimento ou informação.

Em linhas gerais, o dever de proteção busca evitar danos à parte contratante, estando fundado no princípio do *neminem laedere*. Por exemplo, o transportador aéreo tem o dever de não causar danos à pessoa ou ao patrimônio dos passageiros. O dever de lealdade impõe às partes uma atuação correta, que não viole a confiança nela depositada, e abrange o dever de cooperação, segundo o qual as partes devem adotar todas as condutas necessárias e que estiverem ao seu alcance para atingir a finalidade do contrato e atender às suas legítimas expectativas.

⁶ Conforme ensina MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 503: “Assim, a interpretação conforme a Constituição bem evidencia os dois caminhos a seguir: valorizar a presença de um sujeito de direitos fundamentais no contrato de transporte, o consumidor, aplicando o CDC em diálogo com o CC e observar, em contratos de transportes internacionais, as convenções internacionais naquilo que não interferem com direitos fundamentais e os princípios constitucionais, realizando um diálogo de fontes orientado pelos valores constitucionais em jogo, para complementar, por exemplo, com a indenização de danos morais ou realizar a indenização integral dos danos aos consumidores”.

⁷ Na definição de PEREIRA, Paulo Sérgio Velten: “Decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva, os deveres laterais ou anexos constituem um conjunto de regras de conduta impostas a ambos os sujeitos da relação obrigacional, credor e devedor, que não possuindo relação direta com os deveres principais ou anexos de prestação, objetivam o alcance do fim do contrato”. (PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral nos compromissos de compra e venda de bens imóveis. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 553.).

Podemos citar a obrigação do passageiro de se apresentar para o *check-in* com a antecedência necessária. O dever de informação impõe às partes a obrigação de comunicar e compartilhar todas as informações e dados relevantes. Assim, o transportador tem a obrigação de comunicar ao passageiro eventual atraso no voo, as razões do atraso e a previsão da partida, bem como a possibilidade de reacomodação em outro voo. O passageiro tem direito à informação, alimentação e acomodação, para minimizar as consequências desse vício de qualidade por inadequação do serviço prestado. O direito à informação é um dos mais importantes, pois, a partir de uma informação correta e fidedigna, o passageiro poderá exercer os demais direitos que estão à sua disposição.

Portanto, mesmo nas hipóteses em que restar configurada causa de não incidência da responsabilidade, tal fato não isenta o transportador de cumprir com seus deveres laterais ou anexos, sendo que a inobservância de tais deveres equivale ao próprio inadimplemento.

Importante observar que tais deveres não impedem que o passageiro pleiteie indenização por perdas e danos sofridos, a qual tem base constitucional e decorre do princípio da reparação integral, como já citado.

II. Causas de não incidência da responsabilidade

Conforme exposto, a objetivação da responsabilidade está fundada na teoria do risco do empreendimento, porém não foi acolhida por nosso ordenamento jurídico a teoria do risco integral, mas, sim, do risco mitigado, admitindo as chamadas causas de não incidência da responsabilidade, nas quais está centrado o presente estudo.

Quanto à terminologia, preferimos o termo hipóteses de “não incidência”, ao termo “excludentes”, pois, na verdade, quando presentes tais hipóteses, a responsabilidade não chega a ser gerada, porquanto não estabelecido o nexo de causalidade, enquanto o termo “excludentes” seria mais adequado aos casos em que a responsabilidade está caracterizada e é excluída por algum motivo⁸. De qualquer maneira, por

⁸ Nesse sentido, observa, com propriedade, Alexandre Dartanhan de Mello Guerra, ao tratar da responsabilidade civil do Estado: “A despeito da ampla aceitação do instituto no meio jurídico, a expressão causas excludentes de responsabilidade civil não nos parece ser a mais adequada. Destarte, de rigor científico, entendemos que seria preferível cuidá-las como causas de não incidência de responsabilidade civil do Estado. Isso porque a não incidência é hipótese normativa diversa da mera exclusão de responsabilidade civil. Sinteticamente, diante da não incidência, não chegou efetiva-

vezes nos reportaremos ao termo “causas excludentes”, por já estar mais sedimentado, ponderando o termo que entendemos mais adequado tecnicamente.

O Código de Defesa do Consumidor prevê, expressamente, em seus artigos 12, § 3º, e 14, § 3º, algumas causas de não incidência da responsabilidade, quais sejam: a não colocação do produto no mercado, inexistência de defeito do produto ou serviço, culpa exclusiva do consumidor e culpa exclusiva de terceiro. Todavia, são aplicáveis outras causas excludentes extraídas do sistema geral de responsabilidade civil, as quais não são incompatíveis com os princípios do microsistema consumerista, quais sejam, o caso fortuito e a força maior⁹.

Quanto à eximente fundada na não colocação do produto no mercado, a mesma tem pouca pertinência no âmbito do transporte aéreo, por se tratar de prestação de serviço.

A alegação de inexistência de defeito no serviço, por sua vez, é aplicável ao tema em análise. A existência de defeito é um dos pressupostos da responsabilidade do fornecedor. Sua existência é presumida, cabendo ao fornecedor demonstrar o contrário. O defeito na prestação pode ocorrer quanto ao serviço em si e também pode ocorrer no que diz respeito ao dever de informação. Por exemplo, se os tripulantes da aeronave não orientam corretamente os passageiros quanto à acomodação das bagagens no compartimento superior aos assentos e não verificam o seu fechamento, caso ocorram danos ao passageiro, provocados pela queda das bagagens de mão, a empresa aérea será responsável. Se, no entanto, não há qualquer defeito na prestação de serviço pela empresa aérea e ainda assim ocorrem danos ao passageiro, ela poderá alegar a excludente em questão, cabendo-lhe o ônus de demonstrá-la.

mente a existir em momento algum o dever de indenizar naquelas circunstâncias fáticas. Noutras palavras, dizer excludentes poderia fazer supor que a hipótese veio a ocorrer, passando, em um segundo momento, a identificar certo óbice à condenação do agente indenizador, o que não é o que ocorre no plano científico, como se demonstrará”. (GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 313-314.).

⁹ Apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da taxatividade ou não do rol das referidas causas no Código de Defesa do Consumidor, é mais correta a posição que admite a consideração do caso fortuito e da força maior. Isso porque o microsistema consumerista está inserido no sistema geral de responsabilidade civil e referidas causas não são incompatíveis com seus princípios, pois também incidem sobre o nexo de causalidade, devendo ser realizada uma interpretação sistemática e teleológica.

Outro exemplo, se durante uma conexão de voos os agentes em terra da empresa aérea não orientam corretamente os passageiros que irão trocar de aeronave e estes vêm a perder o voo, a empresa responderá pelos danos daí decorrentes. Se, no entanto, a empresa demonstrar que realizou todas as orientações necessárias, mas os passageiros perderam a conexão porque ficaram na praça de alimentação do aeroporto, poderá se valer da excludente.

A par das referidas causas, as eximentes que se afiguram mais aplicáveis, no âmbito do contrato de transporte aéreo são as seguintes: caso fortuito e força maior, culpa exclusiva da vítima e fato de terceiro. Nos próximos tópicos, analisaremos cada uma delas, bem como as hipóteses mais controvertidas.

2.1 Caso fortuito e força maior

Existem várias definições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do caso fortuito e da força maior e há bastantes controvérsias sobre como diferenciar os institutos.

Ambos estão relacionados aos conceitos de imprevisibilidade, inevitabilidade, irresistibilidade e insuperabilidade ou invencibilidade. A força maior, para a maioria dos doutrinadores, está relacionada a fatos da natureza, enquanto o caso fortuito, a fatos relacionados ao homem.

Como há uma dificuldade de distinção na prática e como seus efeitos jurídicos são os mesmos, há uma tendência atual em equiparar as duas figuras.

Em razão do progresso da ciência e da tecnologia, bem como da maior ênfase à prevenção, também há uma tendência a se dispensar o requisito da imprevisibilidade, exigindo-se, como requisito essencial, a inevitabilidade.

Tais conceitos devem ser analisados segundo o estado atual da técnica, pois com o crescente e rápido desenvolvimento da tecnologia, hoje podem ser previstas e evitadas situações que antes eram imprevisíveis¹⁰.

¹⁰ Neste aspecto, importante a lição de Marco Fábio Morsello: “Por via de consequência, a imprevisibilidade nem sempre erigir-se-á ao *status* de requisito essencial de força maior extrínseca. Deveras, como analisaremos a seguir, poderão ocorrer hipóteses de dano-evento objetivamente previsíveis, que foram previstas e que, apesar disso, se tornaram insuperáveis, inevitáveis e irresistíveis, possibilitando a excludente do dever de indenizar”. (MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 24.).

Para que sejam erigidos à categoria de eximentes, o caso fortuito e a força maior devem ser externos, ou seja, devem ser totalmente estranhos ao empreendimento ou atividade do fornecedor, sendo chamados de “fortuito externo”.

Atualmente, a segmentação de serviços é fenômeno frequente, notadamente em setores de complexa logística, como no transporte aéreo. Assim, os atos dos prepostos e terceirizados, por estarem relacionados à atividade do fornecedor e dele receberem esta espécie de delegação ou mandato, não excluirão a responsabilidade do prestador principal, caracterizando o chamado “fortuito interno”.

Nesse conceito se incluem os tripulantes e operadores de assistência em terra (*ground handling*). Da mesma maneira, o serviço de *catering*, relacionado ao fornecimento de refeições e bebidas a bordo, caracteriza segmentação de atividade do transportador. Assim, caso haja intoxicação alimentar de passageiros, a empresa aérea não poderá se eximir de sua responsabilidade, por se tratar de fato interno, inserindo-se no risco de sua atividade.

Já os controladores de tráfego aéreo, por representarem uma autoridade perante o transportador e por desempenharem atividade independente, não se caracterizam como prepostos.

Portanto, somente o chamado “fortuito externo”, totalmente estranho à sua atividade, excluirá a responsabilidade do transportador aéreo, dela não se eximindo por atos de seus prepostos ou terceirizados, ressalvando-lhe eventual direito de regresso.

Além de serem externos, o caso fortuito e a força maior devem ser a causa exclusiva do evento, pois se atuarem como causa concorrente não romperão onexo causal e não isentarão ou atenuarão a responsabilidade do fornecedor.

A seguir, analisaremos as hipóteses mais frequentes e polêmicas¹¹.

2.1.1 Condições de saúde do passageiro

Alguns passageiros podem ter problemas de saúde, os quais podem se desencadear a bordo da aeronave ou se agravar pelas condições

¹¹ Hipóteses baseadas na obra citada de MORSELLO, Marco Fábio, Capítulo 11, páginas 284 a 332, o qual também analisa as hipóteses de sequestros e atos terroristas e movimentos grevistas.

inerentes ao voo. Nesses casos, se questiona se haveria ou não responsabilidade da empresa aérea transportadora.

O Código Brasileiro de Aeronáutica (artigo 256, inciso I) e a Convenção de Varsóvia (artigo 17) preveem a responsabilidade do transportador somente em caso de “acidente” a bordo. Assim, as emergências médicas causadas por condições de voo dentro da normalidade e pela condição interna do passageiro estariam excluídas da responsabilidade do transportador.

Todavia, tal regra não é absoluta, devendo ser compatibilizada com os princípios da segurança, proteção e prevenção. Em face de tais princípios, as empresas aéreas têm o dever de manter a bordo equipamentos e medicamentos regulares e de emergência, bem como tripulação preparada para prestar assistência em tais situações.

Assim, ainda que o dano seja decorrente de condição pessoal do passageiro e de condições normais de voo, se a aeronave não dispunha dos equipamentos necessários, se a tripulação não prestou o atendimento emergencial ou se o prestou de maneira inadequada ou tardia, a empresa aérea responderá pelos danos causados ao passageiro.

Os casos mais frequentes de problemas de saúde a bordo são os problemas cardíacos, os quais podem ser, em grande parte, controlados emergencialmente com o uso de medicamentos necessários, com medidas de reanimação e com o desfibrilador automático.

Outra preocupação é a chamada “trombose venosa profunda” (DVT em inglês), a qual é provocada pelo desenvolvimento de coágulos gerados pela falta de movimentação necessária dos passageiros. Algumas empresas aéreas, em observância ao princípio da prevenção, estimulam exercícios e movimentação a bordo, mesmo porque, embora não tenham responsabilidade direta pela síndrome manifestada, respondem pela omissão quanto ao atendimento emergencial, bem como pelos danos decorrentes do atendimento tardio ou inadequado do passageiro. Além disso, apesar de a trombose venosa profunda não configurar nexos com a conduta do transportador, não o exime do cumprimento dos deveres laterais ou anexos, os quais, se violados, equivalem ao inadimplemento da obrigação e poderão gerar direito à indenização¹².

¹² A esse respeito, observa Marco Fábio Morsello, em estudo específico sobre a trombose venosa profunda, em suas conclusões: “Tais premissas, portanto, levam à inelutável inferência de que, independentemente de eximente favorável ao fornecedor, para fins de reparação por perdas e danos derivadas da indigitada trombose, poderá subsistir fonte reparatória diversa, com esteio na violação

2.1.2 Condições climáticas

A verificação das condições meteorológicas é de suma importância para se evitar a ocorrência de acidentes aéreos. Para tanto, são imprescindíveis os serviços de informação eficientes, bem como o adequado aparelhamento da aeronave. Com base em tais informações, será analisada a existência ou não de padrões mínimos de segurança, que recomendem a realização do voo ou justifiquem o seu cancelamento ou adiamento.

Oportuno ressaltar que as condições meteorológicas adversas, isoladamente, não representam fatos imprevisíveis ou insuperáveis, caracterizadores da força maior extrínseca. Assim, em razão do avanço tecnológico e da sofisticação dos instrumentos, alguns fenômenos da natureza poderão ser previstos e superados, se adotadas medidas eficazes para a realização do voo. Por outro lado, se previstos tais fenômenos, porém não sendo possíveis medidas preventivas aptas a superá-los, será perfeitamente justificado o cancelamento ou adiamento do voo, estando presente, nesta hipótese, a força maior extrínseca.

Também deve ser levado em consideração o local em que o transporte será realizado. Em alguns países, por exemplo, é normal a existência de neve, sendo tal fato totalmente previsível, razão pela qual os exploradores do transporte aéreo devem adotar medidas preventivas eficazes para superar este fenômeno climático. Assim, a existência de neve, em regra, tornou-se um obstáculo superável, salvo se sua presença exacerbada representar risco à segurança do voo, caso em que o transportar estará escudado pela eximente da força maior.

Da mesma forma, a existência de chuvas fortes, de neblina ou nevoeiro (*fog*), em razão do atual estado da técnica, tornou-se atualmente previsível e superável, salvo situações excepcionais.

Assim, a maioria das condições meteorológicas, pelo atual estado da técnica, são previsíveis e contornáveis. No entanto, alguns fenômenos da natureza, como furacões, tornados e erupção de vulcões,

da cláusula geral de boa-fé, no âmbito da função integrativa mencionada, com mensuração objetiva do dano não escudada no evento lesivo, mas na infração daquela cláusula”. (MORSELLO, Marco Fábio. A Trombose Venosa Profunda (TVP) e a responsabilidade civil no transporte aéreo. Apreciações doutrinárias e jurisprudenciais. *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 92, p. 45., dez. 2009. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1812.htm>>. Acesso em: 8 jun. 2015.).

recomendam o cancelamento do voo, em razão de sua irresistibilidade e dos princípios da segurança e proteção aos passageiros.

Importante observar que ainda que se esteja diante de cancelamento ou atraso do voo justificado pelas condições climáticas, a empresa aérea necessita cumprir, obrigatoriamente, os deveres laterais ou anexos, disponibilizando aos passageiros informação clara e adequada, alimentação, comunicação com terceiros, e, dependendo da previsão de retomada do serviço, acomodação e transporte.

2.1.3 Turbulência

A turbulência é uma das maiores causas de danos à integridade física de passageiros e tripulantes, tornando necessário o aperfeiçoamento dos procedimentos de segurança das empresas aéreas, com fulcro no princípio da prevenção.

Existem, basicamente, três tipos ou formas de turbulência: a esteira de turbulência (*wake turbulence*), a turbulência em voo e a chamada *clear air turbulence* (CAT), conforme exposto por Marco Fábio Morsello, o qual explica, tecnicamente, referidos fenômenos¹³.

A esteira de turbulência é causada por redemoinhos (vórtices) deixados por aeronave que decolou anteriormente. Assim, em face do princípio da prevenção e da previsibilidade, o comandante da aeronave deve aguardar certa distância, para então proceder à decolagem. A ocorrência de dano-evento provocado pela esteira de turbulência não se caracteriza como força maior extrínseca, pois se trata de fenômeno perfeitamente previsível e evitável.

A segunda espécie é a turbulência em voo, gerada por movimentos do ar, diferença de pressão atmosférica, massas de ar quente e fria e ventos de montanha, entre outros fatores. Tal forma é considerada como “acidente”, nos termos do artigo 17 da Convenção de Varsóvia, por estar inserida nos riscos do voo. Ainda assim, em tese, admite excludentes de responsabilidade, embora estas sejam de difícil comprovação por parte do transportador em razão de sua previsibilidade e inevitabilidade ou superabilidade, diante do atual estado da técnica.

¹³ Op. cit., p. 321-326.

A terceira forma de turbulência é a denominada *clear air turbulence* (CAT). Essa forma se diferencia das demais porque ocorre repentinamente, em céu claro. Assim, o transportador terá maiores chances de comprovar a eximente da força maior extrínseca, mas, ainda assim, deve ser ponderado que, diante do estado atual da técnica e da sofisticação da tecnologia, ser-lhe-á possível ao menos amenizar os efeitos dessa forma de turbulência.

Conclui-se, portanto, que as turbulências, em razão de seu grau de previsibilidade e evitabilidade ou superabilidade, dificilmente caracterizarão força maior extrínseca, incumbindo o ônus da prova ao transportador¹⁴.

2.1.4 Problemas técnicos da aeronave

As empresas aéreas dispõem de um rigoroso controle da manutenção das aeronaves, mas, ainda assim, podem surgir problemas técnicos, os quais podem acarretar o cancelamento do voo, atraso ou mudança de rota. Em tais casos, indaga-se se haverá responsabilidade do transportador pelas perdas e danos daí decorrentes. A resposta é positiva.

Com efeito, os problemas técnicos da aeronave caracterizam-se como força maior intrínseca, diretamente ligada à atividade do transportador, abrangida pelo risco do empreendimento e cuja falha viola seu dever de segurança e proteção. Assim, está plenamente configurada a responsabilidade do transportador em tais hipóteses¹⁵.

Do mesmo modo, nos casos em que a causa do problema for desconhecida, o transportador responde, por tratar-se de fortuito interno, inerente à responsabilidade objetiva, decorrente do risco de sua atividade.

É certo que o transportador pode comprovar a excludente de fortuito externo em alguns casos, como a revoadada repentina de pássaros

¹⁴ Pondere-se que o transportador poderá comprovar a excludente fundada em culpa exclusiva da vítima, por exemplo, quando esta desobedecer à ordem de permanecer sentada e com os cintos afivelados e acabar se lesionando por conta da turbulência anunciada.

¹⁵ Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, AgRg no Ag no 1.310.356 - RJ (2011/0091553-0), Relator: Min. João Otávio de Noronha, j. 14.04.2011, DJe 04.05.2011.

que cause danos ao motor, em local cuja previsibilidade lhe era impossível. Mas tal fato dificilmente será comprovado¹⁶.

Também não escusa ao transportador aéreo a alegação fundada em fato de terceiro, invocando a responsabilidade do fabricante por peça ou componente defeituoso, pois tal fato está intimamente ligado à atividade do transportador, caracterizando força maior intrínseca. Nesse caso, o passageiro poderá acionar tanto o transportador, quanto o fabricante, este último com base na responsabilidade extracontratual.

No caso de problemas técnicos da aeronave, que lhe impossibilitem voar nas condições inicialmente pactuadas, em razão da obrigação de segurança e proteção, caberá ao transportador adotar providências posteriores, notadamente o rápido reparo técnico, a substituição da aeronave, a acomodação em outro voo ou o endosso da passagem.

Tais providências serão consideradas e sopesadas por ocasião da fixação do montante indenizável e poderão, até mesmo, excluir a indenização em alguns casos, com base nas circunstâncias do caso concreto e no princípio da razoabilidade.

Conclui-se, portanto, que o transportador poderá comprovar eventual excludente, porém tal fato ocorre em hipóteses excepcionais, sendo mantido, via de regra, seu dever de indenizar nos casos de problemas técnicos da aeronave e, de qualquer forma, seu dever de respeitar os deveres laterais ou anexos.

2.1.5 Atraso, cancelamento e antecipação do voo

A celeridade do transporte aéreo é um dos fatores essenciais para a escolha deste meio de transporte. Os horários divulgados pelas empresas aéreas são determinantes para a contratação e possuem caráter vinculante, com base no dever de informação e no princípio da boa-fé objetiva. Eventual cláusula estabelecendo que os horários sejam meramente indicativos deverá ser considerada nula e abusiva.

¹⁶ Pondere-se que em alguns casos, os Tribunais têm reconhecido a responsabilidade da empresa aérea na sucção de aves pela turbina da aeronave, em razão da frequência com que tal fenômeno ocorre no Brasil, afastando a imprevisibilidade caracterizadora do caso fortuito. Nesse sentido, confira-se o Recurso Especial n. 401.397/SP, Terceira Turma, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, DJ 09.09.2002, p. 226.

O atraso do voo pode ser gerado por diversas causas, mas somente excluirá a responsabilidade do transportador em caso de fortuito externo, fato exclusivo da vítima ou de terceiro, conforme hipóteses analisadas. Caso não comprovadas referidas eximentes, o transportador responderá pelos danos decorrentes do atraso, tanto materiais quanto morais.

A doutrina e jurisprudência discutem quais seriam os critérios para a definição de atraso e se haveria um atraso tolerável. Alguns entendem que o atraso depende do tempo de duração do voo, de modo que, quanto maior a duração do voo, maior a tolerância de atraso. Todavia, perfilhamos o entendimento de Marco Fábio Morsello, na obra já citada, quando considera que referido critério tem sua utilidade, mas deve ser conjugado com o princípio da razoabilidade¹⁷.

Assim, ainda que o atraso não seja aparentemente significativo, se o passageiro comprovar que sofreu danos dele decorrentes, o atraso será relevante e o passageiro fará jus à respectiva indenização.

Segundo os artigos 230 e 231 do Código Brasileiro de Aeronáutica, o passageiro tem direito à alimentação quando o atraso for superior a duas horas e tem direito à hospedagem e transporte quando for superior a quatro horas.

Por sua vez, a Resolução nº 141 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), de 9 de março de 2010, ao dispor sobre as Condições Gerais de Transporte aplicáveis aos atrasos e cancelamentos de voos e preterição de passageiros, em seu artigo 3o, estabelece, em linhas gerais, que em caso de atraso superior a quatro horas, o passageiro tem direito à reacomodação em outro voo, endosso da passagem ou reembolso, bem como assistência material e custeio de despesas.

Todavia, tais limites temporais não são requisitos para a existência do direito à indenização, pois se o passageiro comprovar que sofreu danos decorrentes do atraso, ainda que inferior a quatro horas, terá direito à respectiva indenização, a qual tem fundamento constitucional e decorre do princípio da reparação integral.

¹⁷ Nesse sentido, observa o autor: “Assim, o atraso coadunar-se-á com o não-implemento pontual dos horários divulgados pelo transportador, aferindo-se, a nosso ver, efetivamente útil a alusão ao critério objetivo correlacionado com o tempo médio da rota em análise, em conjunto com o preceito da razoabilidade, na esfera do dano ressarcível, que não resta presumido” (op. cit., p. 174).

O mesmo raciocínio aplica-se às hipóteses de cancelamento e antecipação de voo, casos em que o passageiro fará jus à reparação integral por perdas e danos comprovados¹⁸.

2.1.6 *Overbooking*

O *overbooking* caracteriza-se pelo excesso de passageiros em relação à capacidade da aeronave. É uma prática utilizada pelos transportadores aéreos, que teve como origem a análise da probabilidade de não apresentação de passageiros para embarque, denominada de *no-show*. As empresas aéreas, com base nos prováveis passageiros que não se apresentariam para embarque e visando evitar prejuízos econômicos, começaram a aceitar reservas em quantidade superior à capacidade da aeronave.

Todavia, o *overbooking* é inoponível aos passageiros como causa excludente da responsabilidade, pois é utilizado como conveniência das empresas aéreas e está fundado em evento futuro e incerto, baseado na conduta de terceiros que eventualmente não se apresentem para embarque. O consumidor que adquiriu regularmente sua passagem e se apresentou no horário correto para o *check-in* não pode ser prejudicado por causa de prováveis passageiros, com os quais não tem qualquer relação e que a empresa aérea supõe que não irão se apresentar. Ao contrário, além de não eximir a responsabilidade do transportador, o *overbooking* configura culpa grave da empresa aérea, pois a empresa aceita reservas em número superior à capacidade da aeronave, em razão de sua exclusiva conveniência econômica, estando ciente de que parte desses passageiros poderá não embarcar.

Para prevenir hipóteses de *no-show*, sem que a empresa tenha de se valer do *overbooking*, tem sido frequentemente utilizado o prazo de expiração das reservas, denominado TTL (*Ticketing Time Limit*)¹⁹, ou seja, a reserva tem validade por prazo determinado e, caso não seja

¹⁸ No que se refere ao montante da indenização, o Protocolo Adicional nº 2 à Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica preveem patamares-limite indenizáveis, fixando-os, respectivamente, em DES (Direito Especial de Saque) e OTN (Obrigações do Tesouro Nacional). Todavia, tratando-se de relação de consumo, prevalecerá o princípio da reparação integral, não estando a indenização sujeita a referidos limites, desde que comprovados os danos pelo passageiro.

¹⁹ Nesse sentido: MORSELLO, Marco Fábio, op. cit., p. 183.

adquirida a passagem, ela se expira automaticamente, medida que se mostra eficaz para salvaguardar a empresa aérea, sem que provoque danos aos passageiros.

Também não socorre ao transportador a alegação de falha no sistema de reservas, pois tal fato caracteriza fortuito interno, inapto a elidir sua responsabilidade.

O *overbooking* caracteriza inadimplemento absoluto da obrigação do transportador aéreo, de modo que o passageiro terá direito à ampla e integral indenização, pelos danos que demonstrar ter sofrido, não se sujeitando a qualquer patamar-limite indenizável.

Por parte do passageiro, cumpre-lhe o dever de apresentação com a antecedência necessária ao horário do *check-in* em razão do princípio de colaboração mútua, e, em caso de *overbooking*, a comprovação dos danos que sofreu para fazer jus à respectiva indenização²⁰.

2.2 Culpa exclusiva da vítima

A eximente relativa à culpa exclusiva da vítima está fundada em conduta desta, que dê causa ao dano-evento. Assim, exclui o próprio nexos de causalidade com a conduta do transportador, isentando-o de responsabilidade.

Sendo a responsabilidade do transportador de natureza objetiva e tratando-se de causa que exclui o próprio nexos de causalidade, tecnicamente, o termo mais correto é fato exclusivo da vítima, e não “culpa” exclusiva da vítima²¹. Há posições em sentido contrário,

²⁰ Neste aspecto, a jurisprudência tem reconhecido que os danos morais são presumidos e se operam *in re ipsa*, ou seja, decorrem do simples fato do descumprimento da obrigação principal por parte do transportador e dos transtornos óbvios daí decorrentes. Basta ao passageiro comprovar o não embarque no voo contratado ou o atraso do voo. Nesse sentido: Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, AgRg no Ag no 1.410.645 - BA (2011/00062738-6), Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 25.10.2011, DJe 07.11.2011.

²¹ Nesse sentido, entendendo esta terminologia como adequada, Sergio Cavaliere Filho observa: “A culpa exclusiva do passageiro também exonera o transportador de responsabilidade. Trata-se, na realidade, como enfatizado várias vezes, de fato exclusivo do viajante, já que, nessa fase, ainda se está no terreno do nexos causal, e não da culpa. O fato exclusivo da vítima afasta a responsabilidade do transportador porque, na verdade, quem dá causa ao evento é o próprio passageiro, e não o transportador. O transporte, ou, melhor, a viagem, não é causa do evento, apenas a sua ocasião” (CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 364.).

entendendo a expressão “culpa exclusiva” adequada²². A par da nomenclatura, o fato é que ambas as posições convergem quanto ao conteúdo e requisitos da eximente.

Referida eximente está prevista pelo artigo 14, § 3º, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (no âmbito das relações de consumo, no que se refere à prestação de serviço), pelo artigo 945 do Código Civil (relações de natureza civil), bem como pelo artigo 21 da Convenção de Varsóvia (aplicável ao transporte aéreo internacional, sem estar caracterizada a relação de consumo).

Podemos mencionar, como exemplo, o caso já citado, em que a aeronave atravessa zona de turbulência e, mesmo o comandante e comissários advertindo os passageiros de que deverão permanecer sentados e com os cintos afivelados, determinado passageiro se levanta para pegar algo na bagagem acondicionada no compartimento de bordo e acaba se ferindo.

Como veremos em item próprio, o ônus da prova incumbe ao transportador, cabendo-lhe demonstrar que o comportamento da vítima deu causa efetiva aos danos verificados.

Questiona-se se a culpa concorrente (não exclusiva) da vítima teria efeitos sobre a responsabilidade do fornecedor. A culpa concorrente está prevista no artigo 945 do Código Civil, mas não vem contemplada pelo Código de Defesa do Consumidor. Parte da doutrina entende que a culpa concorrente não tem qualquer reflexo sobre a responsabilidade do fornecedor, pois não foi prevista pelo Código de Defesa do Consumidor e restringiria direito do consumidor. Outra parte entende que o instituto da culpa concorrente não é incompatível com o Código de Defesa do Consumidor, pois o microsistema não veda sua consideração e se trata de instituto compatível com o princípio da boa-fé objetiva (artigo 4º, inciso III, do CDC), a ser observado por ambas as partes na relação de consumo. Assim, se o consumidor também tem o dever de agir de boa-fé e se acaba por contribuir para o evento danoso, tal fato deverá ser considerado por ocasião da fixação do valor da indenização,

²² Nesse sentido, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino assevera: “O fundamental é que o fato exclusivo da vítima apresente-se, no mínimo, sob a forma de uma conduta descuidada para que possa incidir a eximente. Por isso, a expressão utilizada – culpa exclusiva do consumidor – apresenta-se adequada, pois afasta o comportamento acidental como causa de exclusão da responsabilidade do fornecedor, enfatizando a necessidade de uma conduta, pelo menos, descuidada” (SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 291.).

figurando a culpa concorrente como uma causa minorante. Importante observar que não há compensação de culpas, de modo que a culpa concorrente poderá reduzir o valor da indenização, mas jamais isentará o fornecedor de saldá-la.

2.3 Fato de terceiro

O fato de terceiro é a conduta que provoca o evento danoso, praticada por pessoa sem qualquer vínculo com o fornecedor ou com a vítima. Incide diretamente sobre o nexo de causalidade, de modo que, uma vez comprovado, isentará o fornecedor de responsabilidade.

O fato de terceiro está previsto pelo artigo 12, § 3º, inciso III, segunda parte (no caso de fornecimento de produto) e pelo artigo 14, § 3º, inciso II, segunda figura (prestação de serviço), ambos do Código de Defesa do Consumidor.

Embora o legislador se refira a “culpa” de terceiro, a expressão que se revela mais adequada é “fato” de terceiro, pois a conduta deste não precisa ser culposa para afastar o nexo de causalidade. Basta que tenha dado causa, exclusivamente, ao evento danoso.

A culpa concorrente de terceiro, além de não isentar o fornecedor de responsabilidade, não a atenua, pois, neste caso, incidirá a responsabilidade solidária prevista no artigo 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor perante o consumidor.

O fato exclusivo de terceiro é frequentemente invocado pelos fornecedores como causa de exclusão da responsabilidade, de modo que deve ser analisado com cautela, pois somente atuará como causa de isenção quando o fato for realmente exclusivo, quando se tratar de terceiro sem qualquer vínculo com o fornecedor e quando a conduta deste for imprevisível ou inevitável, não se podendo olvidar que o ônus da prova incumbe ao fornecedor.

No que se refere ao transporte aéreo, a questão é bastante relevante, pois conforme mencionado, são comuns neste setor a terceirização e a segmentação das atividades envolvidas. Além de ser conveniente pela complexidade logística, essa postura também proporciona redução de custos e especialização das atividades, proporcionando um bom custo-benefício ao transportador, razão pela qual deve arcar com os ônus e riscos daí decorrentes.

Como regra geral, o transportador responde pelos atos de seus prepostos, tanto à luz do Código Civil, quanto à luz do Código de Defesa do Consumidor, baseado na teoria do risco da atividade. Assim, os atos dos prepostos, que causem danos a terceiros, serão considerados como força maior intrínseca, ínsitos à sua atividade.

Não há uma definição legal de preposto, no âmbito do transporte aéreo, sendo, portanto, fundamental o papel da doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, são considerados prepostos aqueles que agem por conta do transportador, independentemente de vínculo trabalhista, e que atuam como instrumentos de sua atividade.

Por conseguinte, o fabricante ou construtor da aeronave não é considerado preposto, mas, sim, terceiro, podendo o usuário voltar-se contra ele com base na responsabilidade extracontratual. De qualquer forma, como o transportador é responsável pelos equipamentos que utiliza e como se trata de atividade ínsita ao seu empreendimento, entendemos que a responsabilidade entre ele e o fabricante da aeronave ou de seus componentes será solidária, por se tratar de fortuito interno.

Por outro lado, são considerados prepostos os serviços de *ground handling* (assistência em terra aos passageiros e bagagens) e *catering*, conforme exposto em item anterior, bem como o sistema computadorizado de reservas, sendo que eventuais problemas ou danos daí decorrentes caracterizarão fortuito interno.

Também são considerados prepostos o comandante e a tripulação da aeronave, cabendo-lhes, entre outras funções, a manutenção da ordem e disciplina a bordo²³. No caso de comportamento problemático por determinado passageiro, em princípio, estará caracterizado o fato de terceiro. De qualquer maneira, deve ser analisada a conduta dos prepostos do transportador, tendo em vista o princípio da prevenção, pois se a conduta do passageiro era previsível e a tripulação ou o comandante não tomaram as providências necessárias para evitar o dano, o transportador responderá.

Conclui-se, assim, que ainda que se vislumbre a excludente fundada em fato de terceiro, deve-se perquirir a conduta do transportador e de seus prepostos, tendo em vista os princípios norteadores de sua responsabilidade, notadamente os princípios da prevenção, proteção e

²³ O comandante é expressamente reconhecido como preposto pelo artigo 165 do Código Brasileiro de Aeronáutica: “Toda aeronave terá a bordo um Comandante, membro da tripulação, designado pelo proprietário ou explorador e que será seu preposto durante a viagem”.

boa-fé objetiva, os quais, se não observados, ensejarão sua responsabilidade.

III. Ônus da prova das hipóteses de não incidência da responsabilidade

A finalidade da prova é a demonstração dos fatos alegados pelas partes, visando ao convencimento do julgador. A regra geral de distribuição do ônus da prova está prevista no artigo 333 do atual Código de Processo Civil.

O Código de Defesa do Consumidor tem como uma de suas principais funções e objetivo a proteção ao consumidor e a facilitação da defesa de seus direitos em juízo em razão de sua vulnerabilidade, buscando reequilibrar a relação de consumo e estabelecer a igualdade material entre as partes. As regras referentes ao ônus da prova refletem essa intenção do microsistema, ao lado de outras regras.

O consumidor, como autor da ação, deve comprovar a existência do dano e o nexo de causalidade com o produto ou serviço prestado pelo fornecedor. Nesse aspecto, a regra não foge daquela prevista no artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ao fornecedor cumprirá demonstrar os fatos elencados no inciso II do referido artigo. Assim, no caso das causas de não incidência da responsabilidade, por se tratarem de fatos impeditivos do direito do autor, compete ao fornecedor o ônus de comprová-las, não se tratando de inversão da regra probatória.

Além das hipóteses previstas no artigo 333 do Código de Processo Civil, compete ao fornecedor comprovar os fatos cujo ônus lhe for atribuído pela lei ou pelo juiz. É nesse aspecto que consiste a inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, consistente na possibilidade de inversão do ônus da prova, prevista no contexto de facilitação da defesa dos direitos do consumidor, como um de seus direitos básicos (artigo 6º, inciso VIII, do CDC)²⁴.

O Código de Defesa do Consumidor prevê duas modalidades de inversão do ônus da prova. A primeira decorre da própria lei (*ope legis*)

²⁴ A esse respeito, v. SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 353-375.

e a segunda de decisão judicial (*ope judicis*), cabendo observar que ambas podem estar presentes no mesmo processo.

A inversão *ope legis* está prevista no artigo 12, § 3º, inciso II, e no artigo 14, § 3º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, os quais preveem que compete ao fornecedor comprovar a inexistência de defeito no produto ou serviço. Trata-se de inversão do ônus, pois, a rigor, caberia ao consumidor comprovar a existência de defeito. Todavia, considerando sua vulnerabilidade econômica e técnica, bem como a dificuldade probatória, o legislador entendeu por bem atribuir ao fornecedor o ônus de comprovar a inexistência de defeito, atendendo aos princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor.

Além da inversão *ope legis*, o Código de Defesa do Consumidor também prevê uma modalidade de inversão *ope judicis*, ou seja, decorrente de determinação judicial. Trata-se da norma prevista no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

A verossimilhança da alegação, como um dos requisitos para a inversão, consiste num juízo de probabilidade de que a alegação da parte seja verdadeira. A hipossuficiência, por sua vez, está relacionada à vulnerabilidade do consumidor. Não se refere somente ao aspecto econômico, mas também ao aspecto técnico.

A doutrina e a jurisprudência discutem se os requisitos são alternativos ou cumulativos. Pela interpretação literal do dispositivo, observa-se que os requisitos são alternativos, pois o referido artigo utiliza-se da expressão “ou”, interpretação esta que também é mais favorável ao consumidor. Referida interpretação foi a que prevaleceu, após muitas discussões. Todavia, parte da doutrina vem entendendo, a nosso ver acertadamente, que quanto à verossimilhança da alegação, basta sua presença para ensejar a inversão do ônus da prova, porém quanto à hipossuficiência, esta deverá ser conjugada com a verossimilhança para possibilitar a inversão.

Outra questão diz respeito ao momento da inversão do ônus da prova. Parte da doutrina e da jurisprudência entende que se trata de regra de julgamento, a ser aplicada no momento da prolação da sentença, notadamente nos casos em que, apesar de esgotada a fase probatória, persiste a dúvida acerca dos fatos alegados pelas partes. Outra parte entende que se trata de regra de procedimento, a qual deverá ser aplicada ou ao menos advertida antes da fase probatória, notadamente na fase de saneamento do processo, para não gerar surpresa e

oportunizar às partes a produção de provas, prestigiando-se os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa²⁵.

No âmbito do transporte aéreo, é comum a aplicação da referida regra quando se trata de perda ou extravio de bagagem. Como normalmente não é feita a declaração especial de valor, ganha particular importância a possibilidade de inversão do ônus da prova nesses casos, a fim de se estimar o seu conteúdo e, por conseguinte, fixar o valor da indenização. O consumidor poderá fazer a descrição dos bens que afirma estarem na bagagem, cabendo ao julgador avaliar a verossimilhança da alegação, a fim de inverter o ônus da prova. Para tanto, deverá basear-se nas máximas de experiência e em alguns critérios, tais como o local de destino da viagem e sua duração, as condições econômicas do consumidor, a época do ano, a classe em que viaja na aeronave, entre outros, para que não haja enriquecimento sem causa do consumidor.

Com base em tais critérios, o juiz fixará o valor da indenização, o qual poderá suplantar o patamar-limite indenizável previsto na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica, desde que comprovado o valor excedente, baseando-se no Código de Defesa do Consumidor e no princípio da reparação integral.

Proposições conclusivas

O transporte aéreo foi uma das origens da responsabilidade civil objetiva, ao lado dos acidentes de trabalho, alertando que o sistema até então existente, baseado na culpa, era insuficiente para tutelar as vítimas de dano-evento.

A mudança de paradigma teve um duplo efeito: de um lado, a tutela das vítimas e a disponibilização de meios viabilizadores da ampla e integral reparação de danos; de outro lado, a conscientização dos transportadores para a observância de seus deveres de segurança, proteção e prevenção de danos, bem como de maior esmero na prestação dos serviços.

²⁵ A esse respeito, v. FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a “reinversão” nas ações de responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Parte I, Capítulo 16, p. 367.

A objetivação da responsabilidade foi encampada pela Constituição Federal, ao lado da consagração de valores essenciais, como a dignidade da pessoa humana e seu direito à segurança e proteção. A função iluminante da Constituição Federal refletiu diretamente nas normas do Código de Defesa do Consumidor, o qual, reconhecendo a vulnerabilidade deste e buscando reequilibrar a relação jurídica, restabelecendo sua igualdade material, previu direitos básicos essenciais, bem como mecanismos facilitadores da defesa do consumidor.

Dentre tais direitos, destacam-se o direito à segurança, proteção e prevenção, já mencionados, e a efetiva e integral reparação de danos patrimoniais e morais, também com guarda constitucional.

Dentre os mecanismos facilitadores da defesa do consumidor, destacam-se o reconhecimento da responsabilidade objetiva do fornecedor, baseada na teoria do risco do empreendimento, a possibilidade de inversão do ônus da prova e o caráter excepcional das causas de não incidência da responsabilidade, entre outros.

O transporte aéreo de passageiros, indubitavelmente, se enquadra na categoria de relação de consumo, tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor, e, como consequência, aplicam-se todas as disposições daí decorrentes, cabendo observar que a defesa do consumidor é prevista pela Constituição Federal como um dos direitos fundamentais do cidadão.

Por conseguinte, no aparente conflito de normas entre o Código de Defesa do Consumidor, o Código Brasileiro de Aeronáutica e o Sistema de Varsóvia, prevalecerão as normas do primeiro, em razão de seu status e raiz constitucionais. Verifica-se este aparente conflito no que diz respeito à tarifação ou limitação da indenização, quando tratar-se de relação de consumo, em razão do princípio da reparação integral, de origem constitucional. Neste caso, não se deve desprezar tais diplomas, mas, sim, interpretá-los conforme a Constituição, operando-se o chamado “diálogo das fontes”, de modo que a tarifação ou limitação da indenização deve ser considerada como um patamar mínimo indenizável, sem prejuízo do complemento da indenização com os danos materiais e morais que forem demonstrados.

Em decorrência da responsabilidade objetiva, basta ao consumidor comprovar o dano e o nexo de causalidade, para que tenha direito à reparação ampla e integral, incumbindo ao fornecedor comprovar eventuais excludentes da responsabilidade, foco do presente estudo.

Conforme analisado durante a exposição, a objetivação da responsabilidade está baseada na teoria do risco do empreendimento, porém em nosso sistema vigora a teoria do risco mitigado, e não integral, razão pela qual são admitidas as chamadas causas de não incidência da responsabilidade.

Durante a exposição, foi analisada cada uma das referidas causas, bem como as hipóteses mais frequentes e controvertidas, como as condições de saúde do passageiro, condições climáticas, turbulência, problemas técnicos da aeronave, atraso, cancelamento e antecipação do voo e hipótese de *overbooking*. Também foi analisado o aspecto referente à caracterização de terceiro e dos prepostos, tendo em vista a frequente segmentação do serviço de transporte aéreo e das atividades a ele inerentes.

Ao final, foram feitas considerações acerca do ônus da prova das excludentes, o qual fica a cargo do fornecedor, bem como a possibilidade de inversão do ônus probatório.

Esperamos, com o presente estudo, ter contribuído, ainda que de maneira singela, para fornecer algumas considerações e reflexões sobre o tema e destacar sua importância prática e jurídica, à luz dos princípios do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *Jurisprudência brasileira sobre transporte aéreo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial*. Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1666.htm>>. Acesso em: 31 out. 2014.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1 e 2.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). *Fundamentos do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor, v. 1).

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à ordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORSELLO, Marco Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. A Trombose Venosa Profunda (TVP) e a responsabilidade civil no transporte aéreo. Apreciações doutrinárias e jurisprudenciais. *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial (RBDA)*, Rio de Janeiro, n. 92, p. 40-48, dez. 2009. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1812.htm>>. Acesso em: 8. jun. 2015.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEDRO, Fábio Anderson de Freitas. A responsabilidade civil no transporte aéreo. *Revista Brasileira de Direito Aeroespacial*, Rio de Janeiro, n. 86, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.sbda.org.br/revista/Anterior/1758.htm>>. Acesso em: 31 out. 2014.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. A exceção do contrato não cumprido fundada na violação de dever lateral nos compromissos de compra e venda de bens imóveis. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Direito imobiliário brasileiro: novas fronteiras na legalidade constitucional*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Jorge César Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (Org.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Verbatim, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

O artigo 39, X, do Código de Defesa do Consumidor: “não estamos mais no Kansas”¹

*José Eduardo da Costa*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

I) Introdução

Dizem que a filosofia nasceu do espanto ou perplexidade do ser humano diante das “coisas” do mundo. Se for assim, nós também deveremos nos espantar com a existência do art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor. De fato, trata-se de uma norma cuja aparente simplicidade esconde questões éticas e jurídicas bem profundas.

E o quê diz o texto da lei? Diz o seguinte:

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

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

O meu espanto decorre dos ensinamentos mais básicos da teoria econômica. Como é possível, em um sistema de livre mercado, fundado no consumo de massa, impor um rigoroso controle de preços? Pois é disso mesmo que se trata, um sistema explícito de controle de preços.

Afinal, os preços, ao menos no mercado capitalista³, não são determinados pela oferta e demanda? E não é ponto pacífico que a intervenção estatal causa distorções e ineficiências no sistema de preços?

¹ A frase foi dita por Dorothy Gale ao seu cãozinho, logo após os dois terem sido levados por um tornado para a Terra de Oz, no filme *O Mágico de Oz*, que estreou em 1939.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

³ No caso de mercados de concorrência imperfeita, como é o caso dos monopólios e oligopólios, a fixação do preço adota outros critérios. Nesses casos, o custo marginal deixa de ser o critério teórico que guia a empresa maximizadora. Mas aqui a distinção entre concorrência perfeita e imperfeita é irrelevante, pois a norma visa punir o aumento de preço injustificado, não havendo distinção em razão da origem do aumento.

Por que, em um sistema de livre mercado, o dono da padaria não pode aumentar alguns centavos do preço do pão para obter mais lucros, sujeitando-se à redução da procura?

Uma justificativa seria afirmar que estamos no sistema do Código de Defesa do Consumidor, de forma que a proteção do hipossuficiente exigiria o controle de preços. Ocorre que a proteção do consumidor, por si só, não exige o controle do lucro do capitalista. De fato, a liberdade de fixar preços está no coração do sistema capitalista, fato este que não deixou de existir com o surgimento do consumo de massa. Dessa forma, controlar preços é intervir em um órgão delicado do sistema de livre mercado. E tal intervenção não é exigida de forma inequívoca por nenhuma teoria de proteção do consumidor em mercados capitalistas.

Portanto, permanece a perplexidade.

Contudo, da mesma forma que os filósofos, não permaneceremos imóveis. É hora de começar a indagar: o que é isso? Qual é a causa desse controle imposto pelo legislador?

Há duas questões centrais no estudo do art. 39, X, do Código de Defesa do Consumidor. Em primeiro lugar, é preciso determinar a extensão daquilo que se define como prática abusiva. Depois, a tarefa é estabelecer os contornos da problemática noção de “justa causa”.

Duas questões de método irão orientar nossa análise.

A primeira diretriz pode ser anunciada da seguinte forma: não existe um conceito abstrato e geral de “justa causa”. De fato, não é possível estabelecer de forma generalizada uma definição jurídica de “justa causa”, de maneira que a definição fosse aplicável em todas as situações hipotéticas de elevação de preços. O termo “justa causa” não tem contornos precisos, exigindo hipóteses concretas para estabelecer o sentido da norma. De fato, somente em casos específicos (reais ou hipotéticos) será possível afirmar se estamos ou não diante dessa prática abusiva. A tarefa do intérprete, portanto, será a de afastar as concepções genéricas, sem poder explicativo, de forma a permitir o surgimento de algumas hipóteses típicas.

Além disso, quando se trata do Código de Defesa do Consumidor, não há possibilidade de se interpretar a partir das velhas categorias definidas como interpretação gramatical, sistemática, finalística. Isso significa que a determinação do alcance e sentido do comando legal está vinculada às diretrizes fundamentais acerca da interpretação das normas do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, o intérprete

obrigatoriamente deverá examinar os casos a partir da ordem interpretativa previamente definida pelo Legislador. Aqui, os vetores centrais são os arts. 6, VIII e 47 do CDC.

II) O sentido jurídico da prática abusiva

Elevar sem justa causa o preço do produto ou serviço é uma prática abusiva.

Prática abusiva é toda atividade do fornecedor que vai além das condutas permitidas no âmbito das relações com os consumidores. Dessa forma, as práticas abusivas violam o equilíbrio e boa-fé objetiva que devem prevalecer nas relações de consumo.

Na medida em que a prática abusiva abrange todas as condutas do fornecedor, inclusive a publicidade e a oferta, não há necessidade de existir um contrato vinculando o fornecedor e o consumidor. Desse modo, produtos e serviços expostos à venda ou anunciados em mensagem publicitária estão enquadrados na norma⁴.

Além disso, a norma não distingue preços para efeito de excluir a aplicação da abusividade. Dessa forma, estão incluídos na norma tanto os preços livres como os administrados, como é o caso dos combustíveis, energia elétrica, pedágios, etc.

III) Fundamentos do controle de preços

Vamos partir da análise das palavras da Lei. Este deve ser o ponto de partida de qualquer interpretação, visto que a atividade interpretativa não pode desconsiderar os termos inequívocos estabelecidos pelo legislador no texto legal. Trata-se da exigência da separação constitucional de funções estatais.

De acordo com o texto legal, todo aumento de preços deve ter uma causa. Ora, não é possível não ficar espantado com o texto! No regime da livre iniciativa, fundada na propriedade privada, os detentores dos meios de produção não têm liberdade de aumentar livremente os

⁴ Em sentido contrário, RIZATTO NUNES, *Curso de direito do consumidor*, 8. ed., Saraiva.

preços, pois a norma exige uma causa, uma justificativa para elevar o preço cobrado por qualquer coisa. Como explicar tal fato?

A meu ver, a própria Constituição Federal prevê um regime de controle dos preços cobrados por bens e serviços, na medida em que determina a edição de lei que combata o aumento arbitrário de lucros⁵. A palavra arbitrário tem o mesmo sentido de ausência de justa causa. Assim, o aumento de preços sem justa causa significa, naturalmente, aumento arbitrário de lucros.

Desse modo, podemos sintetizar da seguinte forma o caminho percorrido até aqui:

a) o regime do Código de Defesa do Consumidor representa ampla e profunda intervenção do Estado na economia, na medida em que o aumento de preço de bens e serviços somente é admitido quando for demonstrado haver uma causa, uma justificativa. Mas não é somente isso. A causa deve ser justa. É preciso reafirmar a novidade de tal disposição legal, a qual introduz uma dimensão ética e política em algo central para uma economia de livre mercado, como é a questão do aumento de preços de bens e serviços;

b) o fato de a ordem econômica ter por princípio a proteção do consumidor não exige, por si só, o controle do aumento de preços. De fato, não havia nenhuma necessidade orgânica de o Código de Defesa do Consumidor prever a existência do controle de preços. Tanto não havia, que a norma foi introduzida posteriormente no CDC;

c) o fundamento constitucional para o controle de preços é a vedação do aumento arbitrário de lucros. De fato, na medida em que uma das formas de elevar o lucro é mediante o aumento de preços, certamente há fundamento em estabelecer o controle de preços e serviços;

d) ainda que as normas do CDC, de modo geral, não se apliquem a relações entre empresas, o fato central é que todo e qualquer aumento de preço **ao consumidor** deverá ser justificado. Diante disso, ainda que o fornecedor alegue que está apenas repassando custos, é certo que a legitimidade de tais incrementos, bem como o montante do repasse, deverão ser examinados. Assim, permanece valendo de forma geral a vedação de aumento arbitrário de lucros por meio da elevação do preço de bens e serviços.

⁵ Nos termos do art. 173, § 4º, da Constituição Federal, “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Estabelecidos tais fatos, é preciso indagar os critérios mediante os quais podemos apontar a falta de justa causa para a elevação do preço.

IV) Os “tipos” de elevação de preço sem justa causa

Como foi dito acima, não há possibilidade de criar uma definição universal da justa causa. Em razão disso, definiremos alguns traços comuns a determinadas hipóteses. Esses traços ou características comuns nos permitirão agrupar as hipóteses em tipos. Assim, ao invés de um conceito geral, teremos tipos de aumento de preços sem justa causa.

Nesse aspecto, a revogada Lei 8.884/94, em seu art. 21, XXIV e parágrafo único, estabelecia alguns aspectos extremamente úteis na caracterização do aumento injustificado dos preços.

De acordo com aquela norma:

[...] na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II – o preço do produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua elevação, em mercados competitivos comparáveis; IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço do bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Diante disso, podemos organizar os seguintes traços comuns presentes nas hipóteses de aumento injustificado de preços:

IV.1) ausência de aumento do custo dos insumos utilizados na produção de bens ou serviços

Aqui, o intérprete deverá examinar se houve aumento nos custos dos insumos utilizados na produção. Estabelecido o fato de ter havido aumento nos custos, é preciso examinar o quanto o insumo significa no

custo do produto para se chegar à proporção em que estaria justificado o aumento do preço.

Como exemplo, podemos apontar o aumento no preço dos combustíveis em alguns postos de São Paulo, provocado pela paralisação dos caminhões distribuidores de combustíveis em protesto pelas restrições de circulação na capital. Nesse caso, não houve nenhuma alteração no custo dos insumos, visto que a paralisação dos transportadores não acarreta nenhuma modificação no custo do insumo transporte.

Outro exemplo é o caso de um plano de saúde coletivo, apelação no: 0007201-87.8.26.0068, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, apelante Amico Saúde Ltda. e apelado D.P.P. de Menezes EPP. Consta do acórdão que:

Assim, não pode prevalecer a justificativa do aumento do prêmio com base na cláusula 21 invocada, fls. 37. Esta cláusula dispõe que haverá reajuste quando ocorrer “déficit técnico na operação”. Mas não há nenhuma explicação do que seja tal déficit. Nos contratos coletivos, para que a operadora faça reajustes, sempre se sujeitará ao monitoramento pela ANS. Exige-se do reajuste a transparência dos cálculos e fórmula que permita a fácil aferição pelo consumidor e a não imposição de onerosidade excessiva. Desta forma, a impossibilidade de ser comprovada a origem e necessidade dos reajustes, no percentual aplicado, além da inexistência de critério de aumento objetivo e aferível pelo consumidor é que tornam o reajuste abusivo. Não existem documentos idôneos que comprovem a necessidade de haver o reajuste no percentual de 34%. E também não há demonstração dos valores apresentados pela seguradora, não servindo a planilha enviada ao segurado para tal propósito.

Portanto, a ausência de comprovação da origem da elevação dos custos torna injusto o aumento do preço.

Decisão importante foi emitida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, apelação cível nº 015095847, apelante Servacar Comércio Serviços e Representações Ltda. e apelado o Ministério Público, constando no acórdão que:

In casu, conforme restou demonstrado na análise econômico-financeira (fls. 236/244), acompanhada dos documentos de fls. 245/335, o requerido elevou os preços dos combustíveis, de forma abusiva, para aumentar a sua margem de lucro no período de feriado de Páscoa de 2004, quando a margem bruta de lucro média dos investigados passou de 17,3% na segunda-feira para 20,4% na quarta-feira (um aumento na margem de lucro de 39% em apenas dois dias). Esta conduta atingiu não só aqueles que efetivamente abasteceram em um dos postos de gasolina da rede, mas também os que se viram expostos a uma prática abusiva de mercado, já que não havia qualquer motivação econômica para tanto. Ademais, o Código de Defesa do Consumidor no seu art. 39, inciso X, elenca como prática abusiva praticada pelo fornecedor em detrimento do consumidor o aumento sem justa causa do preço de produtos ou serviços. Ainda que a empresa reúna uma liberdade para fixar o preço do produto ou serviço oferecido ao consumidor, deve ao mesmo tempo demonstrar sob quais fundamentos está alicerçado o aumento. Senão vejamos, não ocorreu nenhuma medida do governo autorizando o aumento no preço do combustível, bem como nenhuma elevação aos índices de inflação cobradas, logo presume-se que há uma carência de justa causa e, conseqüentemente, é considerado abusivo e arbitrário o aumento do valor do combustível.

Outra hipótese é a cobrança de preços distintos para o pagamento com cartão de crédito e para o pagamento em dinheiro. De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a prática de preços diferenciados para pagamento em dinheiro e com cartão de crédito em única parcela é abusiva, visto que o consumidor já paga à administradora uma taxa pela utilização do cartão de crédito. (REsp. 1133410, STJ, Rel. Min. MASSAMI UYEDA – TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010).⁶

⁶ O argumento favorável ao preço diferenciado funda-se na nota técnica do Banco Central do Brasil publicada em 2010, disponível em: <http://www.bcb.gov.br/htmls/spb/Relatorio_Cartoes_Aden-do_2010.pdf>. De acordo com o estudo, a baixa renda financia compras dos usuários de alta renda.

IV.2) ausência de introdução de melhorias de qualidade no produto ou serviço

Aperfeiçoamentos na tecnologia dos produtos e serviços justificam o aumento de preços, ainda que o preço dos insumos de produção não tenham sido alterados. Portanto, o aumento na capacidade de armazenamento do aparelho de telefone celular justifica a elevação do preço. Do mesmo modo, a mudança da faixa de transmissão 3G para 4G revela melhoria de qualidade da transmissão do sinal.

IV.3) a introdução de produto ou serviço que não contém alterações substanciais quando comparado ao produto anterior

O caso aqui é da clássica “maquiagem” dos produtos e serviços. Nessa hipótese, o novo produto é em tudo semelhante ao anterior, mas o preço foi elevado.

IV.4) os produtos e serviços semelhantes não sofrem mudança de preço, desde que os mercados sejam comparáveis e competitivos

Nesse caso, a hipótese é aquela em que apenas um fornecedor, dentre vários, aumenta o preço ao consumidor. Caso os mercados tenham semelhanças e haja efetiva competição entre os fornecedores, é ilegal aquela elevação de preço.

IV.5) a elevação do preço resultou de qualquer tipo de ajuste ou acordo, inclusive em relação aos custos do produto ou serviço

Aqui, a hipótese é de formação de cartel⁷ ou mesmo o simples conluio destinado a aumentar os preços.

⁷ Na definição do CADE, “Cartel é um acordo ou prática concertada entre concorrentes para fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, ou adotar posturas pré-combinadas em licitação pública. Os cartéis ‘clássicos’, por implicarem aumentos de preços e restrição de oferta e nenhum benefício econômico compensatório, causam graves prejuízos aos consumidores tornando bens e serviços completamente inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Por isso, essa conduta anticoncorrencial é considerada, universalmente, a mais grave infração à ordem econômica existente. Segundo estimativas da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo.”

V) Conclusão

Certamente, a análise aqui realizada não esgota as situações que poderiam caracterizar a ausência de justa causa. Mas permite definir alguns critérios típicos por meio dos quais é possível examinar o aumento de preço de um produto ou serviço.

O ponto central é o inegável caráter ético da norma, caracterizado pela exigência generalizada de uma justificativa para o aumento de preços ao consumidor. A profundidade da intervenção do Estado revela-se no fato de que a elevação dos preços ao consumidor não exige apenas uma causa, mas, principalmente, que a causa seja justa.

A justiça do aumento de preços ao consumidor deve ser definida, no aspecto jurídico, a partir da ordem econômica prevista na Constituição Federal, e fundada no combate ao abuso do poder econômico.

Bibliografia

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcellos e; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 411 p.

BOLZAN, Fabricio. *Direito do consumidor esquematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de janeiro de 1990. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 10. ed. Salvador: Juspodium, 2014.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ltr, 1998. 765 p.

Plano de saúde e reajuste por mudança de faixa etária: jurisprudência, interpretação e precedentes

Leonardo Manso Vicentin¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A validade da cláusula dos contratos de plano de saúde que prevê o reajuste das mensalidades em razão da mudança da faixa etária representa, atualmente, questão de alta indagação, capaz de gerar divergências interpretativas em todas as instâncias do Poder Judiciário brasileiro.

A controvérsia não reside, propriamente, na variação das contraprestações pecuniárias em virtude da idade do consumidor. Trata-se de característica intrínseca ao contrato de plano de saúde, cujo equilíbrio atuarial pressupõe a constante adequação do preço² ao natural incremento do risco pelo avançar da idade do beneficiário. Não há relevante controvérsia a respeito:

¹ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP. Pós-Graduado em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura. Autor de livro e artigos em Direito Processual Civil.

² Maury Ângelo Bottesini e Mauro Conti Machado conceituam: “as contribuições pecuniárias estabelecidas nos contratos são, na verdade, uma nova denominação de preço. É o preço, elemento essencial de todos os contratos – *res, pretium, consensus*. A lei não ‘tabela’ o preço dos contratos, como poderia parecer. Apenas estabelece um produto – tipo de contrato – para cada faixa etária, que é um dos fatores determinantes do preço das mensalidades dos planos e dos seguros-saúde”. Nessa perspectiva, “em razão do decurso do tempo o consumidor é obrigado a ‘mudar de faixa’, o que corresponde a ‘contratar novamente’, passando para contrato específico para a faixa etária seguinte, mantendo todas as vantagens que tinha anteriormente, mas tendo que pagar o preço da mensalidade desse novo contrato. [...] É certo que a expressão ‘percentuais de reajuste’ existente no texto do art. 15 da Lei 9.656 traz consigo a ideia de elevação do preço, o que não deixa de ser verdadeiro [...]. O fator ‘idade do usuário’ dos planos e seguros privados de assistência à saúde implica, na verdade, continuação do contrato anterior com a estipulação do novo valor da mensalidade” (*Lei dos planos e seguros de saúde comentada*: artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 147-149.).

Não resta dúvida que a idade do consumidor e de seus dependentes é fator objetivo que aumenta de modo significativo o risco de internações e despesas médicas, o que altera a equação econômica e equilíbrio do contrato. Logo, o cálculo atuarial, que pauta o sinalagma de todo plano de saúde, pode ser recomposto tão logo atinja o segurado determinada idade. Tal cláusula é ínsita a contrato oneroso, aleatório e de trato sucessivo. (TJSP, Ap. Cível nº 558.238-4/5, rel. Francisco Loureiro).

As divergências se iniciam, no entanto, a partir da leitura do artigo 15 e parágrafo único da Lei 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde)³, contraposta à do artigo 15, parágrafo 3º da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso)⁴.

Enquanto o dispositivo da Lei dos Planos de Saúde prevê a possibilidade de variação do preço em razão da idade do consumidor – desde que respeitado o dever de informar e com exceção dos consumidores com mais de 60 anos de idade com contratos há mais de 10 anos, para quem a lei veda o reajuste –, a norma do Estatuto do Idoso, por seu turno, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”⁵.

Surgiu então o debate. Essas normas conflitam entre si? Alcançar a condição pessoal de idoso veda, em absoluto, posteriores reajustes em razão da mudança de faixa etária, ou esta vedação afronta o equilíbrio do sinalagma do contrato de plano de saúde e inviabiliza a sua existência?

³ Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

⁴ Art. 15. [...] § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

⁵ Vale lembrar que, para a Lei 10.741/03, são caracterizadas como idosas as “pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos” (art. 1º).

2. Exame da jurisprudência

2.1. Vedação do reajuste por mudança de faixa etária

O primeiro movimento pretoriano sinalizou posição restritiva quanto aos reajustes aplicáveis aos idosos.

De início, observou-se que os contratos-padrão oferecidos pelas operadoras de planos de saúde descumpriam o dever de informação imposto pelo sistema protetivo consumerista, e deixavam de estabelecer de forma clara e prévia as faixas etárias em que se aplicariam os reajustes, bem como os percentuais respectivos. Irrelevante, para essa conclusão, que o contrato tenha sido adaptado à Lei 9.656/98, eis que o cumprimento do dever de informação é corolário inexorável da boa-fé objetiva, diretriz do regramento privado como um todo⁶. Trata-se de questão prévia àquela que constitui o objeto deste artigo, mas imprescindível para iniciar seu enfrentamento.

Superado este ponto, é preciso anotar que o reajuste pelo avançar da idade após os sessenta anos foi rechaçado por um acórdão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que pode ser qualificado como paradigmático, de relatoria da Ministra Nancy Andrih⁷.

⁶ Confira-se, a título de exemplo, o seguinte julgado: “Antes mesmo da vigência da Lei nº 9.656/98, que em seu artigo 15 estabelece requisitos para tal reajuste, decorria da cláusula de boa-fé objetiva o dever do fornecedor de preestabelecer as faixas etárias de majoração e os respectivos percentuais, de modo a assegurar ao consumidor a necessária previsibilidade acerca do ônus financeiro acarretado pelo contrato cativo de longa duração. Da mesma forma, em observância ao dever de informação, igualmente integrante da mencionada cláusula geral, incumbia-lhe oportunizar ao contratante aderente o prévio e pleno conhecimento dessas regras contratuais. [...] Tal como prevista no instrumento, a majoração viola a boa-fé objetiva, resulta em desequilíbrio contratual e expõe o consumidor a exagerada desvantagem, na medida em que limita seu pleno acesso aos direitos fundamentais inerentes à natureza do contrato – proteção da vida e da saúde (art. 51, IV, e §1º, II e III, CDC). A cláusula de aumento, nesse contexto, é nula de pleno direito” (TJSP, 7ª Vara Cível de São Bernardo do Campo, Autos nº 1.528/2010, Juiz Dr. Guilherme Silveira Teixeira, 22.06.2011).

⁷ Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade. O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º). Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária [...]. Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei nº 9.656/98 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. E

A interpretação que prevaleceu, nesse julgado, apontou para a vedação legal, contida no Estatuto do Idoso, da discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

Em resumo, se o consumidor atingiu a condição de idoso após a vigência da Lei 10.741/03, os contratos anteriores que previam o reajuste não gerariam efeitos neste particular. Se atingiu esta condição antes disso, o idoso estaria protegido pelas restrições contidas na Lei 9.656/98 e no próprio artigo 230 da Constituição Federal, consoante o qual a “família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.”

A Ministra Nancy Andrighi não deixou de ressaltar, no entanto, que:

Não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressaltada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública.

Em sede doutrinária, Francisco Eduardo Loureiro sustenta, de maneira mais contida, que atualmente o sistema normativo proíbe a variação do preço após os 60 anos, mas ressalva período anterior ao Estatuto do Idoso, quando a Lei 9.656/98 impunha outro requisito para que o reajuste não fosse aplicado, qual seja, o consumidor deveria ser parceiro contratual há mais de dez anos:

mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei nº 9.656/98). Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230 [...]. (REsp no 809.329-RJ, 3ª Turma. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 25.3.2008).

Questão delicada é a do reajuste e dos aumentos do preço das mensalidades em razão da idade dos consumidores. O art. 15 da Lei n. 9.656/98 coloca limites cogentes à variação. Determina que constem do contrato inicial as faixas etárias em que ocorrerá o aumento, bem como os respectivos percentuais, de acordo com normas expedidas pela ANS. O parágrafo único do citado artigo colocou um limite à variação do preço em razão de faixa etária, sujeito a um duplo requisito: (a) idade de 60 anos; (b) que participe do produto, isto é, seja parceiro contratual há mais de dez anos. A regra tem aplicação imediata, de modo que o consumidor que tinha dez anos de contrato no dia em que passou a vigor a lei faz jus à vedação de novas variações. O requisito da parceria contratual pelo prazo de dez anos foi revogado pela superveniência do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), que em seu art. 15, § 3º, assim dispõe: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Em resumo, hoje não mais há possibilidade de variação do preço após os 60 anos, independentemente do tempo de contrato⁸.

Essa linha de interpretação passou a refletir na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, calcada no enunciado 469 da Súmula do STJ, à cuja luz “aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, porque repetitivos os acórdãos nessa esteira de pensamento, publicou dois enunciados de súmula esse respeito. De acordo com o enunciado 91, “Ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária”.

Pelo enunciado 100, “O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da

⁸ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Planos e seguros de saúde. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo. Saraiva/FGV, 2009. p. 339.

Lei n. 9.656/98 ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais”.

O que parecia sedimentado, no entanto, passou a ser questionado sucessivamente, o que gerou alteração substancial da orientação adotada no seio do Superior Tribunal de Justiça.

2.2. Possibilidade do reajuste por mudança da faixa etária

Manifestações doutrinárias, atentas aos elementos que formam o contrato de plano de saúde – o índice de sinistralidade em especial, que inegavelmente aumenta à medida do avanço da idade dos beneficiários –, passaram a criticar o “espírito de beneficência” que teria motivado a interpretação proibitiva do reajuste para idosos, tudo em prol do equilíbrio contratual e da viabilidade econômica dos planos de saúde oferecidos no país, *verbis*:

A compreensão desses elementos formadores dos contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde, principalmente do preço (v.g., parâmetros de variação segundo a faixa etária e ‘índice de sinistralidade’) [...] é indispensável, ainda e principalmente, para afastar eventuais ideias ou sentimentos a respeito de beneficência, caridade, ou até mesmo da função social desses contratos, porque os serviços prestados pelas operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde têm natureza essencialmente empresarial, com o propósito de lucro, e como tal devem ser tratadas as questões que versam esses negócios jurídicos.⁹

Esse raciocínio rendeu ensejo à oposição entre a 3ª Turma do STJ, cujo entendimento, como visto, repelia o aumento da mensalidade para idosos pela mudança de faixa etária, e a 4ª Turma, que, a partir do julgamento do REsp 866.840/SP, passou a reputar lícita a previsão

⁹ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 147-148.

contratual de reajuste nessas condições, atribuindo para o exame ca-
suístico a verificação de eventual abusividade¹⁰.

Essa divergência exposta na jurisprudência do STJ fez com que a Segunda Seção, composta pelos Ministros integrantes da 3ª e da 4ª Turma, se reunisse em 23.04.2014 para decidir o REsp 1.280.211/SP, de modo a uniformizar o entendimento, o que resultou no prevalectimento da interpretação segundo a qual o reajuste pelo avançar da idade após os 60 anos não configura, por si só, cláusula abusiva.

Essa decisão pautou-se, essencialmente, na afirmação de que in-
existe antinomia entre o artigo 15 e parágrafo único da Lei 9.656/98 (Lei
dos Planos de Saúde) e o artigo 15, parágrafo 3º da Lei 10.741/2003
(Estatuto do Idoso). A norma contida no Estatuto do Idoso não obsta-
ria qualquer cobrança de valores diferenciados com base em critério
etário, mas apenas aquela cobrança onerosa a tal ponto que gerasse
discriminação ao idoso, impedindo ou dificultando o exercício do seu
direito de celebrar contratos protetores de sua saúde.

Essa compreensão, de um lado, preservaria o equilíbrio do contra-
to de plano de saúde, mantendo preços acessíveis para todo o universo
de consumidores. Está fundada na ideia de que o avanço da idade é
“legítimo fator distintivo” no contexto das relações jurídicas de natu-
reza securitária, que pressupõem a avaliação e cômputo do incremento
do elemento “risco”.

De outro lado, não impediria a proteção do consumidor idoso, me-
diante afastamento de percentuais desarrazoados no caso concreto, à

¹⁰ Direito civil. Consumidor. Plano de saúde. Ação civil pública. Cláusula de reajuste por mudança de faixa etária. Incremento do risco subjetivo. Segurado idoso. Discriminação. Abuso a ser aferido caso a caso. Condições que devem ser observadas para validade do reajuste. 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. [...] 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se reputa abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia. 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado [...]. (REsp nº 866.840/SP, 4ª Turma. Rel. p/ acórdão Min. Raul Araújo, j. 07.06.2011)

vista das faixas etárias e dos respectivos limites de variação estabelecidos pela ANS, bem como à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva e do Estatuto do Idoso.

A partir desse acórdão da Segunda Seção, a 3ª Turma do STJ passou a seguir a orientação uniformizada, consignando a Ministra Nancy Andrighi o seu voto vencido (v.g., AgRg no REsp 1315668/SP, 24.03.2015; AgRg no AREsp 567512/RJ, 02.06.2015).

Finalmente, um último julgado digno de nota, qual seja, o REsp 646.677/SP (Quarta Turma, Relator Min. Raul Araújo, j. 09.09.2014), também na esteira da validade do reajuste, condicionado (i) à sua previsão no contrato; (ii) à observância das exigências da Lei 9.656/98 e (iii) ao respeito à boa-fé objetiva, que veda variações desarrazoadas e/ou aleatórias.

Esse acórdão ainda sistematizou o regime administrativo (ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar) dos contratos de planos de saúde no tocante aos reajustes, sempre resguardado o controle casuístico de abusividades:

1. Os contratos anteriores e não adaptados à Lei 9.656/98 devem prever expressamente as faixas etárias em que serão feitos os reajustes, podendo as faixas etárias chegarem até os 80 anos. Se não trouxerem essas informações, os reajustes estarão limitados pelo percentual fixado pela ANS para os contratos novos (Resolução CONSU 06/1998).
2. Os contratos anteriores e adaptados à Lei 9.656/98 e os contratos novos (posteriores à Lei 9.656/98 firmados após 02.01.1999) também devem prever as faixas etárias em que serão feitos os reajustes, informando previamente ao usuário o valor atribuído a cada prescrição (Resolução CONSU 06/1998 e Resolução Normativa 63/2003)¹¹:

¹¹ Como visto no item 2.1., esse dever qualificado de informação pode ser estendido aos contratos antigos, uma vez que extraído do sistema protetivo do consumidor, e não apenas da Lei 9.656/98.

- a. Para os contratos firmados entre 02.01.1999 e 31.12.2003, incidem as regras da Resolução CONSU 06/1998, com as modificações da Resolução CONSU 15/1999: observância de sete faixas etárias, de modo que o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação de valor na contraprestação não poderá atingir o usuário com mais de 60 anos que participe de um plano ou seguro há mais de dez anos.
- b. Para os contratos firmados a partir de 01.01.2004, incidem as regras da Resolução Normativa 63/2003: observância de dez faixas etárias, a última aos 59 anos; o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação acumulada entre a sétima e décima faixas não pode ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

Pela leitura das faixas etárias estabelecidas em sede administrativa, vê-se que a última faixa prevista na Resolução CONSU 06/1998 inicia-se aos “70 anos de idade ou mais”, ou seja, permite e regulamenta o reajuste para idosos.

Já no tocante à Resolução Normativa 63/2003, a última faixa inicia-se aos “59 anos ou mais”, o que coloca em segundo plano o debate acerca da legalidade do reajuste para idosos, pois a partir disso não há mais previsão para variação do preço em razão da mudança de idade.

No entanto, tal medida não está isenta de críticas e efeitos colaterais. Há quem repudie a concentração dos reajustes para até 59 anos, o que contribuiria para a inadimplência dos idosos, embora admita os efeitos nocivos dos reajustes unilaterais estabelecidos outrora pelas operadoras.

Nessa perspectiva, Bottesini e Machado citam Parecer do Professor Doutor José Aristodemo Pinotti, datado de março de 2004, quando então Deputado Federal e Relator do Projeto de Conversão da MP 148/03¹²:

¹² BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada*: artigo por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 148-151.

[...] abusiva a RN 63/2003, quando ela define que os valores pagos pela última faixa etária sejam seis vezes maiores que os da primeira, concedendo um aumento de 500% sobre o qual ainda haverá correção monetária anual. O que ocorreu foi, além de tudo, um uso inadequado do Estatuto do Idoso. Antes dele, esses aumentos eram praticados de forma mais suave até idades superiores. Depois dele, esses aumentos, ao invés de serem eliminados a partir dos 60 anos, foram prensados e concentrados para até 59 anos, com o agravante de serem praticados em dobro nas três últimas faixas etárias. Isso agrava, concretamente, o que já está ocorrendo, ou seja, a inadimplência dos idosos e sua fuga dos planos de saúde. [...] Se não é a fórmula ideal essa encontrada pelo legislador, e que vem se aperfeiçoando com a experiência adquirida com a aplicação dela, certamente é uma solução para o impasse criado pelos reajustes unilaterais impostos pelas operadoras e seguradoras, por meio dos quais elas se livravam dos clientes mais onerosos, como os mais idosos, ao fim de um pequeno período de controle individual em que observavam se o custo dos serviços utilizados por ele eram iguais ou maiores que o valor da mensalidade, estabelecendo o chamados 'índice de sinistralidade' individual.

3. Interpretação e precedentes: o motivo da divergência e a resposta processual

Uma vez exposta a oscilação jurisprudencial acerca do tema, vale destacar, num plano mais amplo, o motivo do surgimento das divergências, que está relacionado à problemática da interpretação na atual fase do pensamento jurídico, bem como a perspectiva de equacionamento das controvérsias em sede legislativa, percebida a partir da tendência de valorização dos precedentes no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15, que entrará em vigor após decorrido um ano da data de sua publicação oficial, esta ocorrida em 17.03.2015).

Uma leitura mais atenta dos acórdãos da 3ª e 4ª Turma do STJ, cujo embate gerou a manifestação da Segunda Seção, evidencia os problemas gerados atualmente pela complexidade do processo interpretativo.

De fato, o acórdão da 3ª Turma afirmou, expressamente, que a variação do preço em função da idade estaria vedada nos contratos de planos de saúde firmados por consumidores idosos. De seu turno, o acórdão da 4ª Turma asseverou o inverso. Esse reajuste, por si só, não configurava a discriminação proibida pela Lei 10.741/03.

Não obstante, enquanto o primeiro acórdão ressaltava que a ideia não era alçar o idoso à margem do sistema privado de planos de saúde, admitindo a incidência do regramento legal e contratual respectivo, isto é, admitindo reajustes não abusivos e não atrelados exclusivamente à idade, o segundo acórdão permitia os reajustes pelo critério etário, mas também colocou a abusividade como elemento a ser rechaçado no caso concreto.

Os acórdãos não dizem a mesma coisa, e a uniformização empreendida pela Segunda Seção foi importante. Mas a divergência era menor do que aparentava.

De qualquer modo, resta claro que a controvérsia surgiu a partir do grau de indeterminação do texto da norma do artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso, à cuja luz “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

O que significa, concretamente, “discriminação do idoso”? O texto da norma permitiu duas interpretações.

A primeira, dando prevalência à proteção constitucional do idoso, afirmou como discriminatória qualquer cobrança de valor diferenciado em razão da idade. Cobrança, portanto, vedada.

A segunda interpretação, atentando também para outros valores envolvidos, como o equilíbrio contratual, amparado constitucionalmente na proteção da ordem econômica, afirmou como vedada somente aquela cobrança demasiada, que gere discriminação ao idoso, impedindo ou dificultando o seu direito de proteger a sua saúde mediante exercício da liberdade de contratar.

Parece-nos que a segunda interpretação, de fato, é a que melhor pondera todos as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas¹³, contemplando a proteção do consumidor idoso e preservando a natureza peculiar do contrato de plano de saúde. Se o Estatuto do Idoso tivesse a intenção de vedar em absoluto qualquer reajuste pelo critério etário, poderia ter dito algo como “é vedada a cobrança de valores diferenciados em razão da idade nos planos de saúde”.

Isso não significa, entretanto, que o Estado não deve atuar na proteção do idoso em contratos dessa natureza. Não faz sentido que os reajustes sejam módicos enquanto jovens os consumidores e exacerbados quando mais precisam do cumprimento do contrato que observaram durante décadas.

Faz-se necessária, pois, uma atuação mais proativa da ANS na fiscalização do cumprimento das normas administrativas que expede, inibindo a judicialização de conflitos, que se multiplicam e se perenizam na realização de cálculos atuariais para determinação do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde – essa foi a solução dada no REsp 1.280.211/SP, após o caso ter se estendido até o Superior Tribunal de Justiça.

Essa intervenção estatal no plano contratual se justifica como medida de concretização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a saber, o de construção de uma sociedade livre, justa e, ao mesmo tempo, solidária.

Pois bem. Como visto, a controvérsia surgiu a partir do grau de indeterminação da norma do artigo 15, § 3º do Estatuto do Idoso. Trata-se de característica marcante das leis elaboradas sob a influência da atual fase do pensamento jurídico, denominada por muitos como “neoconstitucionalismo”.

¹³ Esse critério de avaliação remete à “lei da ponderação” de Robert Alexy, que é muito utilizada em sede doutrinária e jurisprudencial e tem sido cada vez mais objeto de estudo e de reflexões críticas: “neste sentido, quando se tem um caso difícil - entendido como aqueles nos quais as regras não conseguem regular de forma subsuntiva – deve-se primeiro descobrir quais princípios se encontram em conflito. Isso é importante. Apenas quando não há respostas nas regras ou, para usar a terminologia alexyana, nos mandados de definição, é que se recorre a um argumento de princípio, ou mandados de otimização. Com a otimização implica que um princípio deve ser cumprido na maior medida possível, respeitadas as condições reais e jurídicas. [...] Todavia, ainda nestes termos, temos um problema na definição de otimização como característica específica dos princípios: a discricionariedade que emana da avaliação de até que ponto um princípio deve ser efetivado” (ABBOUD, Georges et al. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 390-392).

O uso de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais¹⁴ nos textos normativos têm aberto espaço para a criatividade judicial, compreendida esta como um dos elementos da atividade jurisdicional, que se inicia no exame dos fatos trazidos pelas partes em juízo, rendendo ensejo à busca pela norma geral aplicável, a ser interpretada a partir da Constituição. Essa atividade é precisamente definida por Fredie Didier Jr.:

Ao se deparar com os fatos da causa, o juiz deve compreender o seu sentido, a fim de poder observar qual a norma geral que se lhes aplica. Identificada a norma geral aplicável (norma legal, por exemplo), ela deve ser conformada à Constituição através das técnicas de *interpretação conforme*, de controle de constitucionalidade em sentido estrito e de balanceamento dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o julgador cria uma *norma jurídica* (= *norma legal conformada à norma constitucional*) que vai servir de fundamento jurídico para a decisão a ser tomada na parte dispositiva do pronunciamento¹⁵.

Uma tal atividade, que pressupõe a identificação de uma norma geral aplicável, interpretação conforme à Constituição e balanceamento de direitos fundamentais, é inegavelmente complexa e propícia a gerar divergências.

Há tentativas doutrinárias de equacionamento dessa problemática no campo da interpretação, seja pela discussão acerca da (in)existência de discricionariedade¹⁶ no exercício da atividade

¹⁴ Há inúmeras conceituações doutrinárias acerca do significado de conceitos jurídicos indeterminados e cláusula gerais. Para Fredie Didier Jr., “cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. [...] É indiscutível que a existência de cláusulas gerais reforça o poder criativo da atividade jurisdicional” (*Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1, p. 51).

¹⁵ Op. cit., p. 159.

¹⁶ A propósito, Lenio Luiz Streck, afirmando a inexistência de discricionariedade judicial: “Na verdade, quando sustenta essa necessidade (de o juiz decida lançando mão de argumentos de princípio e não de políticas), Dworkin apenas aponta para os limites que devem constar no ato de aplicação judicial (por isso, ao direito, não importa as convicções pessoais/morais do juiz acerca da política, sociedade, esportes etc. - ele deve decidir por princípios” (*Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 492.).

jurisdicional, seja pela contraposição de métodos hermenêuticos aradigmáticos¹⁷.

De qualquer modo, atenta a esta conjuntura, a Lei 13.105/15 – Novo Código de Processo Civil –, consolida e sistematiza a resposta processual que vem se desenvolvendo há algum tempo para a estabilização do sistema, a saber, a valorização dos precedentes pela adoção de mecanismos que induzam a sua observância. Veja-se, por exemplo, o teor de seu artigo 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.¹⁸

Nessa perspectiva, o pronunciamento da Segunda Seção do STJ sobre a legalidade do reajuste pelo critério etário deverá ser observado pelos membros do próprio STJ, por todos os Tribunais de instância inferior e pelos respectivos juízes de Primeiro Grau, em prol da segurança jurídica e da previsibilidade das decisões judiciais.

¹⁷ Confira-se, por exemplo, uma breve comparação entre os métodos de Robert Alexy e Ronald Dworkin: “Dessa forma, a ponderação tem o caráter de procedimento na medida em que a justificação da fundamentação da decisão tomada pelo juiz é dada conforme o procedimento, sendo desonerado de uma justificação conteudística. Já o ‘método’ de Hércules (Dworkin) reivindica uma justificação de um contexto conteudístico no interior do qual forma e conteúdo se interpenetram. Ou seja, se exige que não apenas o procedimento seja equitativo, mas também que produza um resultado que justifique a coação do Estado” (ABBOUD, Georges et al. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 386.).

Trata-se de opção de política legislativa que não está isenta de críticas, as quais ultrapassam os limites deste artigo, e cuja implementação demandará tempo e constantes adaptações de toda sorte. Basta notar que, atualmente, a última orientação do STJ sobre o caso dos reajustes pela idade e o enunciado n. 91 da súmula do TJSP se contrariam frontalmente. E, segundo entendimento doutrinário:

Embora não conste na listagem de lei, os precedentes cujo entendimento é consolidado na súmula de cada um dos tribunais (ainda que não seja tribunal superior) têm força obrigatória em relação ao próprio tribunal e aos juízes a eles vinculados¹⁸.

¹⁸ Didier Jr., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. v. 2. 10. ed. Salvador. Ed. Jus Podivm, 2015, p. 461.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges et al. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Planos e seguros de saúde. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: FGV, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5. ed. rev., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

A proteção ao consumidor nos contratos bancários

*Roque Antonio Mesquita de Oliveira*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1. Introdução

O presente artigo procura fazer um exame objetivo a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor diante dos contratos bancários, a fim de viabilizar um conhecimento mais prático da matéria, auxiliando os operadores do Direito e demais interessados a melhor conhecer as principais características desse tema. Evidentemente, a pretensão do autor deste artigo é apenas apontar pontos mais relevantes a respeito da matéria, sem nenhuma pretensão de alongar a exposição, mesmo porque o espaço é limitado. O foco principal, sem dúvida alguma, é examinar como é disciplinada a proteção ao consumidor diante do poderio econômico das instituições financeiras, levando-se em conta que sem ele não existe a sociedade de consumo e sem esta não há mercado, e sem mercado fica inviabilizada a contratação em massa. Assim, estamos diante de contratos de consumo das mais variadas modalidades, exigindo a maior cautela para a aplicação das normas protetivas.

O consumidor apresenta fragilidade antes, durante e depois da contratação; esta a razão que faz com que as normas protetivas se preocupem com todo o espaço que cerca a manifestação da vontade, fazendo com que os aplicadores do Direito se preocupem com quem contrata ou é estimulado a contratar, emitindo uma reflexão profunda a respeito da aplicabilidade do princípio da autonomia da vontade, considerando que o desenvolvimento econômico da sociedade, com o uso das mais diversas tecnologias na área da computação, provocou o nascimento de uma verdadeira sociedade de massa, resultando numa

¹ Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Civil.

verdadeira explosão dos contratos, que deixaram de ser um privilégio da minoria para adentrar no dia a dia do cidadão.

2. O Código de Defesa do Consumidor e as leis que disciplinam as operações e contratos bancários

No início da sua vigência, a Lei nº 8.078, de 11/09/1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC), teve sua aplicabilidade questionada no tocante às atividades bancárias.

Para que se possa analisar se ao produto e aos serviços oferecidos pelas instituições financeiras cabe a aplicação do CDC e em que termos se deve dar, é necessário que, primeiramente, sejam assentados os conceitos de: i) consumidor; ii) fornecedor; iii) objeto da relação de consumo, trazidos pelo próprio CDC.

O CDC conceitua consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º, *caput*).

Além disso, o CDC equipara a consumidor certas pessoas sob determinadas circunstâncias, a fim de que gozem de certos direitos previstos no código. As equiparações são as seguintes:

i) coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, parágrafo único) introduzidas com vistas à defesa de direitos em juízo previstas no art. 81, parágrafo único;

ii) pessoas vítimas de acidente de consumo (art. 17), equiparação que tem como função permitir que as pessoas que ela abrange se valham da proteção em caso de responsabilidade por fato do produto e do serviço;

iii) pessoas expostas a determinadas práticas comerciais (art. 29), de forma a lhes garantir a proteção conferida em relação a tais práticas.

O fornecedor é conceituado como:

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

Por fim, o objeto da relação de consumo, ou seja, o produto ou serviço oferecido pelo fornecedor, também é conceituado pelo CDC: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e “serviço é qualquer atividade fornecida ao mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (art. 3º, parágrafos 1º e 2º, respectivamente).

Existem entendimentos no sentido de que o CDC não se aplicaria às instituições financeiras, exceção feita aos casos de crédito direto ao consumidor. Sustentava-se que a natureza do produto oferecido pelas instituições financeiras, o dinheiro, impediria que aquele que toma empréstimo bancário pudesse ser considerado consumidor nos termos do art. 2º do CDC. O tomador de empréstimo, ao contrário do adquirente de outros produtos como vestuário e alimentos, nunca poderia ser considerado consumidor, uma vez que nunca seria o destinatário final do dinheiro, já que este é sempre repassado a alguém.

Porém, existem três fundamentos para convencer que essa não é a melhor exegese a respeito desses posicionamentos, a saber:

1) não seria razoável considerar que o CDC não se aplica em âmbito tão importante economicamente como o das instituições financeiras e contratos bancários, matéria que pode gerar angústia maior para os consumidores do que deficiência em produto ou serviço adquirido;

2) o próprio texto do CDC menciona que a lei se aplica aos serviços de natureza bancária (art. 3º, par. 2º), regra que não pode ser ignorada;

3) considerando que o CDC apenas abrange fornecimento a usuário final de bens ou serviços, existiria tal fornecimento em caso de se considerar que o objeto da relação de consumo não é o dinheiro, mas, sim, o serviço de crédito, ou o dinheiro dado a crédito. Vista a questão sob esse prisma, está o tomador dos recursos recebendo uma prestação mista, que abrange mercadoria, o dinheiro, e o serviço envolvido em sua obtenção e direcionamento ao consumidor. Ao receber um serviço, derivado da atividade de captação e repasse de recursos da instituição financeira, o recebe como usuário final, porque não presta tal serviço a mais ninguém.

Deve ser lembrada a súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça:

“O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

A Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, ao criar o Sistema Financeiro Nacional (SFN), estabeleceu um arcabouço institucional destinado à disciplina da atividade bancária no Brasil. Tal sistema é encabeçado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e, logo abaixo deste, pelo Banco Central do Brasil (BC), tendo sido atribuída ao primeiro, em linhas gerais, competência regulamentar e ao segundo competência executiva e fiscalizatória em relação à atividade bancária.

Segundo os artigos 22 e 48 da Constituição Federal, a atividade das instituições financeiras e as matérias a ela correlatas (crédito, moeda e câmbio) não podem ser disciplinadas por Estados ou Municípios, mas apenas pela União e essa disciplina deve ser feita por lei.

O CMN foi criado em substituição ao antigo Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito. É um órgão federal, integrante, portanto, da administração federal direta. De acordo com o art. 8º, *caput* da Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, o CMN é integrado pelo Ministro de Estado da Fazenda, na qualidade de Presidente, pelo Ministro de Estado do Planejamento e Orçamento e pelo Presidente do Banco Central do Brasil. O regimento interno do CMN em vigor foi aprovado pelo Decreto nº 1.307, de 9 de novembro de 1994, e alterado pelo Decreto nº 1.649, de 7 de setembro de 1995. O art. 2º da Lei nº 4.595/64 estabelece suas finalidades e o art. 4º suas competências.

O Banco Central do Brasil (BCB) é uma autarquia federal, criada para substituir a antiga Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) - art. 8º da Lei nº 4.595/64, sendo administrado por uma diretoria composta por nove membros, um dos quais é designado presidente, todos nomeados pela Presidência da República entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, sendo demissíveis *ad nutum* (art. 1º do Decreto nº 91.961, de 19 de novembro de 1985). O presidente do BC é considerado Ministro de Estado (art. 1º da Lei nº 11.036, de 22 de dezembro de 2004) e cabe a ele definir a competência e atribuições dos demais diretores (art. 2º).

3. A proteção ao consumidor nos contratos bancários

O que deve ser examinado desde o início da relação jurídica é a existência do equilíbrio contratual, também conhecido como *princípio da equidade contratual*, que observa o equilíbrio de direitos e deveres nos contratos, em busca da justiça contratual. Nesse sentido, o CDC

criou normas imperativas, que proíbem a inserção de qualquer cláusula abusiva, que é caracterizada como aquela que assegura vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens ou serviços, ou que seja incompatível com a boa-fé e a equidade (artigo 51, inciso IV, do CDC).

Quem irá declarar a nulidade absoluta dessas cláusulas será o Poder Judiciário, não só a pedido do próprio consumidor, como, também, das suas entidades de proteção, do Ministério Público, e até mesmo de ofício pelo magistrado. É interessante notar que a vontade das partes declarada no contrato, de modo livre e consciente, não representa mais o fator decisivo para a Ciência do Direito, considerando-se que o CDC instituiu novos valores superiores como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. A lei passa a proteger o vínculo contratual no sentido de harmonizar a vontade das partes com os legítimos interesses e as expectativas dos consumidores. As regras são cogentes, fazendo com que o CDC sancione e afaste apenas o resultado, o desequilíbrio, sem exigir um ato reprovável do fornecedor. Mesmo se a cláusula for aceita pelo consumidor, mas apresentar vantagem excessiva para o fornecedor se for abusiva ou o resultado for contrário à ordem pública, ou mesmo contrariar as novas normas de proteção do CDC, que são de ordem pública, não prevalecerá a autonomia da vontade.

4. Interpretação judicial dos contratos bancários a favor do consumidor

Para assegurar a equidade em busca da justiça contratual, mesmo diante dos métodos unilaterais de contratação em massa, procede-se a interpretação judicial dos contratos a favor do consumidor. Nesse sentido, o artigo 47 do CDC instituiu como princípio geral a chamada interpretação pró-consumidor das cláusulas contratuais, fundada no princípio da boa-fé, que vem formalizado no artigo 4º, inciso III, do CDC, fazendo com que a interpretação de todo o contrato de consumo deva sempre observar as imposições da boa-fé objetiva.

O consumidor é assim tratado porque é a parte contratual mais fraca, devendo ser protegidas suas expectativas legítimas, provenientes da confiança no vínculo contratual e na proteção do direito. A interpretação, bem por isso, será conforme a boa-fé.

Outro aspecto a considerar será o comportamento do CDC diante da máxima *pacta sunt servanda*. Ele reduziu sensivelmente o espaço que

privilegiava sobremaneira a autonomia da vontade; proibiu a elaboração de certas cláusulas, impondo normas imperativas, tudo visando à proteção ao consumidor, reequilibrando o contrato e garantindo as legítimas expectativas que o elo mais fraco depositou no vínculo contratual.

Isso ocorre depois de formado o contrato, quando o consumidor já manifestou sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está em desequilíbrio. As normas inibitórias são todas de ordem pública e servem para o Direito restabelecer o equilíbrio, compensando a vulnerabilidade do consumidor. É uma verdadeira mudança na ação protetora do direito, evoluindo de uma visão clássica, liberal e individualista do Direito Civil, para uma **visão social**, valorizando a função do Direito como ativo e garantindo do equilíbrio contratual.

Como se vê, houve uma limitação para a autonomia da vontade, obstando a criação de cláusulas abusivas; aparecem normas imperativas, que têm por finalidade a proteção do consumidor, tudo para restaurar o equilíbrio contratual e, assim, garantir as legítimas expectativas que ele depositou na relação contratual. Essas normas se apresentam como de **ordem pública**, de modo que as partes não podem dispor em contrário.

Uma dificuldade que se apresenta ao magistrado é definir a abusividade de uma cláusula; o CDC não tem uma regra específica para este desiderato. Na verdade, prefere consignar casos expressos, como, por exemplo, no artigo 53, ou mesmo deixar para a jurisprudência utilizando as cláusulas gerais, tal como no artigo 51, inciso IV ou, mesmo, presumir a abusividade em alguns casos e práticas como disposto nos artigos 39 e 51.

Um método que pode ser utilizado é fazer uma análise *subjetiva*, relacionando a abusividade com a figura do abuso do direito, ou fazer uma análise *objetiva*, relacionando a abusividade com os parâmetros modernos, como a boa-fé objetiva.

Uma questão que provoca uma reflexão diz respeito à natureza jurídica das cláusulas abusivas. Elas serão cláusulas meramente ilícitas, lembrando que o ato ilícito é aquele praticado em desacordo com o direito, provocando uma reação negativa no ordenamento jurídico, violando direito ou causando prejuízo a terceiro, fazendo nascer a obrigação de reparar. O abuso, por sua vez, pressupõe a existência do direito e desse modo a atividade inicial é lícita, posto que a pessoa que exerce o seu direito não prejudica outrem.

Convém lembrar que o CDC impõe uma penalidade para a cláusula abusiva, ou seja, decreta a sua **nulidade absoluta**, que pode ser

decretada **de ofício** pelo magistrado nos contratos de consumo, mesmo que a parte interessada não a identificou e isto porque as normas do CDC são de ordem pública.

5. Conclusão

Com o advento do CDC, e após seus 25 anos de vigência, observamos que a vontade das partes deixou de ter o efeito vinculante que caracterizou o contrato e sua execução ao longo de séculos. Hoje, os tempos são outros. A equidade contratual é agora regulada e protegida pela lei. A vontade do consumidor é valorizada, bem como a boa-fé, a segurança, o equilíbrio, a lealdade e o respeito nas relações de consumo, que passam a ter mais transparência, protegendo a confiança dos consumidores no vínculo contratual e nas características do produto ou do serviço postos à sua disposição, enfim, valoriza, acima de tudo, a **lealdade** que deve imperar ao longo da contratação.

A **transparência**, que significa um princípio fundamental nas relações de consumo, impõe uma conduta mais leal e mais aberta na fase de negociações preliminares entre os futuros parceiros. Essas normas apenas pretendem viabilizar uma aproximação e uma futura relação mais sincera e menos danosa para o consumidor.

A **boa-fé** vai orientar o contrato de consumo, sendo o guia das práticas comerciais dos fornecedores no mercado brasileiro. Destaque-se aqui o dever de informar, que antes não tinha tanta relevância, se apresenta agora como obrigatório nas relações de consumo, estando ligado à própria atividade de fomentar o consumo e ao próprio contrato.

A **equidade** estabelece um parâmetro mínimo para o equilíbrio entre os direitos e os deveres nos contratos, facultado ao Estado intervir nos contratos que mostrem um desequilíbrio a ponto de prejudicar o consumidor.

A **proteção da confiança** permite a proteção das expectativas legítimas provocadas nos consumidores pelas ações dos fornecedores, amparando a confiança que aqueles depositaram no vínculo contratual.

O CDC, após 25 anos de vigência, é a expressão de uma autêntica evolução no ordenamento jurídico brasileiro, permitindo ao aplicador do direito viabilizar as questões atuais com as regras anteriormente observadas, orientando a ação do intérprete do novo texto e evitando os excessos.

É claro que este trabalho não tem a pretensão de abordar todos os pontos que se apresentam como fundamentais para a aplicação do CDC nos contratos bancários. Apenas coloca para reflexão algumas questões que foram e são importantes para mostrar ao exegeta que, bem utilizado, o CDC irá, acima de tudo, proteger aquele princípio que se apresenta como fundamental, isto é, **o princípio de proteção à dignidade da pessoa humana**, cujo respeito é imposto pela Constituição Federal.

Bibliografia

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Do incumprimento contratual*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- ALVIM NETO, José Manoel de Arruda; PINTO, Tereza Arruda Alvim. *Código do Consumidor comentado e legislação correlata*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- ASCENSÃO, J. Oliveira. Cláusulas contratuais abusivas nos serviços bancários e financeiros. *Revista Forense*, v. 347, p. 134 e ss.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato – teoria geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Pollis; Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1990.
- CASADO, Márcio Mello. *Proteção do consumidor de crédito bancário e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Arts. 28 a 45. In: OLIVEIRA, Juarez (Coord.). *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CORDEIRO, Antonio Menezes. *Manual de direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1999.
- DONNINI, Rogério Ferraz. *A revisão dos contratos no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1999.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de C. Fernandes Rodriguez. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. *Comentários ao CDC*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de crédito bancário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

STOCO, Rui. Responsabilidade civil do fabricante pelo fato do produto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 88, n. 770, p. 109-114, dez. 1999.

WALD, Arnaldo. *Do contrato de adesão no direito brasileiro*. Rev. Inf. Legisl., Brasília, DF, ano 17, n. 66, p. 257-266, abr.-jun. 1980.

Aquisição da propriedade imobiliária através de compromisso de compra e venda

*José Osório de Azevedo Junior*¹

Professor e desembargador aposentado

Código Civil de 1916. DL 58/1937. Lei 6.766/79 e Lei 9.785/99. O Código Civil de 2002. A orientação do Conselho Superior da Magistratura. A decisão normativa do Corregedor Geral da Justiça na Dúvida de nº 9000012.75.2012.8.26.0506. O futuro.

1. Tanto o CC/16 como o de 2002 mantiveram o sistema tradicional de transmissão da propriedade através de dois atos, ou dois momentos: o *titulus* (o contrato) e também o *modus*, ou seja, a *tradição* para os bens móveis e o registro imobiliário para os imóveis.

O contrato, por si mesmo, não transfere, apenas cria a obrigação de transferir a propriedade. Consiste apenas no *titulus*; a propriedade só será transferida no segundo momento, quando houver o registro, isto é, quando ocorrer o *modus acquisitionis*.

Por ser causa da transferência, o contrato de compra e venda é considerado título translativo do domínio. O ato seguinte – o registro – não é ato negocial, é simples fato jurídico.

Mesmo sem acarretar diretamente a transferência da propriedade, a relevância do contrato é enorme: no momento de sua celebração – e não no momento do registro – é que devem ser examinadas as questões relativas à capacidade das partes, os vícios da vontade, a incidência das leis civis, tributárias, etc.

O *titulus* por excelência é o contrato de compra e venda, é este contrato que vai ser levado a registro e acarretar, como regra, a transferência da propriedade do imóvel.

¹ Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil na PUC-SP. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Árbitro em questões de Direito Civil. Autor de *Compromisso de compra e venda*, pela Malheiros Editores, e de *Compra venda, troca ou permuta*, pela Editora Revista dos Tribunais.

O que se quer indagar aqui é se o compromisso de compra e venda pode ser considerado título de transmissão da propriedade.

No regime do Código de 1916, não podia.

2. O CC/16 ignorou o compromisso de compra e venda. Para tal diploma, *compromisso* (art. 1.037 e s.) era um sistema de cláusula arbitral, que nunca funcionou e que acabou revogado expressamente pela Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96.

Mesmo não previsto pelo CC/16, o CCV de imóvel foi largamente utilizado, como contrato preliminar, na prática jurídica e comercial de então, pois, não sendo proibido, entendia-se, corretamente, que era permitido.

Ocorre que, como negócio jurídico imobiliário, o sistema revelou-se enormemente insatisfatório em razão do preceito do art. 1.088 daquele Código, que consagrava a prerrogativa de qualquer das partes de se arrepender antes de assinar o instrumento público obrigatório, desde que pagasse perdas e danos. Essas perdas e danos frequentemente não passavam do valor das arras.

Como a valorização imobiliária sempre superava o valor da moeda, principalmente em épocas em que não havia o instituto da correção monetária, a aquisição do imóvel se frustrava, ocasionado grave dano ao comprador.

3. Foi esse fato que gerou a edição do DL 58/37, dando nova dimensão jurídica ao compromisso de compra e venda.

Já dissemos, em várias passagens², que as inovações maiores foram as seguintes: a) facilidade de forma para a negociação de imóvel, admitindo-se contrato por instrumento particular; b) a criação de um novo direito real, o direito do compromissário comprador, para garantir a aquisição e evitar onerações ou futuras alienações; c) a vedação do arrependimento, na medida em que o contrato passou a comportar execução específica, com a possibilidade de propor-se ação de adjudicação compulsória do imóvel.

² O compromisso e a compra e venda, in: *O novo código civil – estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*, 2. ed., São Paulo, LTR, jan. 2006, p. 466 e s.

A doutrina reagiu negativamente, com repercussões na jurisprudência.

Mas, aos poucos, aquelas inovações foram sendo absorvidas pelo sistema.

Verificou-se, então, um salutar fenômeno de influência do novo regime do imóvel loteado no do imóvel não loteado, tanto na jurisprudência como na legislação. Por exemplo: a Lei 649/49 dissipou dúvidas quanto à aplicação ampla de importantes dispositivos referentes ao direito real e à adjudicação compulsória, estendendo tais prerrogativas para os imóveis não loteados. Mais tarde, o DL 745/69 também estendeu para os imóveis não loteados a exigência de notificação prévia para que o compromissário pudesse purgar a mora e evitar a resolução automática do contrato.

Mas certa interpretação literal do texto do DL gerou intermináveis discussões em torno da necessidade do registro do contrato para obter-se a adjudicação compulsória do imóvel.

Em relação à terminologia, observa-se que o DL 58/37 adotou as expressões tradicionais e vulgares: compromisso de compra e venda, compromitente e compromissário. Muitos autores criticam o termo compromisso, mas é a expressão que a lei usa e serve ainda para distinguir o compromisso da simples promessa, a qual não apresenta as características nem produz os mesmos efeitos daquele (Orlando Gomes, *Direitos reais*, Forense, 1969, p. 448).

4. De qualquer forma, a verdade é que o sucesso do DL 58 foi imenso. Sua aplicação se generalizou, absorveu a utilização das arras e passou a estar presente no início de quase toda aquisição imobiliária. Embora revogado, o DL 58 aparece citado, até hoje, em doutrina e jurisprudência, porquanto suas grandes inovações foram repetidas pelos diplomas posteriores.

Entretanto, os anos mostraram suas deficiências, particularmente quanto à ausência de normas urbanísticas e também de normas penais para os infratores, além de omissão quanto ao sistema de transmissão da propriedade.

Assim é que, no sistema do DL 58, que foi estendido, no essencial, para os imóveis não loteados pela Lei nº 649/49, e outras, como se disse acima, a transmissão imobiliária continuou sendo a prevista pelo CC/16, ou seja, com a necessidade de um segundo contrato por instrumento público para poder ser registrado.

Com isso, mesmo depois de esgotado o conteúdo real do contrato, ou seja, a entrega definitiva e irreversível da posse e o pagamento do preço, permanecia a exigência de uma escritura pública para a aquisição formal do direito de propriedade sobre o imóvel.

Como era comum o compromitente vendedor, por desídia ou má-fé, recusar-se a outorgar a escritura, choveram ações de adjudicação compulsória, ou de cumprimento de obrigação de fazer, sempre com a discussão preliminar sobre a necessidade de registro do contrato como condição da ação.

O fato é que o caminho a ser percorrido pelo compromissário comprador na busca da propriedade continuou sendo uma via *crucis* que frequentemente terminava no calvário do insucesso.

5. Urgia modificar-se a lei. A primeira tentativa frustrou-se com Nova Lei de Loteamento – DL 271/67³.

No campo das tentativas, destaque para o Projeto de Código Civil, de 1965, de Orlando Gomes, que dispunha em seu art. 567, § 1º:

Se o instrumento da promessa encerra todos os elementos da compra e venda constituirá título hábil à transferência do domínio mediante sua transcrição e do documento de quitação ao promitente-comprador, se esta já não constar da promessa inscrita.

Foi o que houve de mais avançado até hoje, pois abrangia todo tipo de imóvel, fosse loteado ou não.

Anos depois, surge nova lei sobre loteamentos – A Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Lei 6.766/79, que trouxe alguma novidade para o que nos interessa neste momento.

O anteprojeto dessa lei⁴ previa expressamente a transferência da propriedade do lote mediante o registro do compromisso e

³ AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. Considerações sobre a nova lei de loteamentos, *Revista dos Tribunais*, n. 388, p. 31; e *Doutrinas Essenciais*, v. IV, *Direito Registral*, Org. de Ricardo Dip e Sérgio Jacomino, Revista dos Tribunais, 2011, p. 1159-178.

⁴ Cf. AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. Loteamento. In: JABUR, Gilberto Haddad (Coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 288, nota 2.

averbação de comprovante da quitação. Dispensava, portanto, a chamada “escritura definitiva”. Esta importante parte, contudo, não constou da lei.

Mas restou um vestígio da novidade no texto do art. 41, ainda em vigor, numa hipótese excepcional, a saber:

Art. 41 – Regularizado o loteamento ou desmembramento pela Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, o adquirente do lote, comprovando o depósito de todas as prestações do preço avençado, **poderá obter o registro de propriedade do lote adquirido, valendo para tanto o compromisso de venda e compra devidamente firmado.**

Quebrou-se o tabu: pela primeira vez na legislação brasileira, admitiu-se a transmissão da propriedade imobiliária apenas por força do contrato preliminar, o compromisso, independentemente da celebração do segundo contrato, ou seja, a compra e venda por escritura pública.

6. Embora a desnecessidade desse segundo contrato por escritura pública já estivesse muito clara para a doutrina e para os setores mais voltados para o interesse da coletividade, as iniciativas individuais de algum parlamentar não iam avante.

Passam-se cerca de vinte anos e, inopinadamente, surge a Lei nº 9.785, de 29.01.99. Foi mais uma lei revolucionária que aparece no direito brasileiro no ambiente do loteamento.

Teve como objetivo final criar facilidades para a implantação de loteamentos e conjuntos habitacionais para pessoas de baixa renda, promovidos por entidades públicas, ou suas delegadas. Para tanto, alterou vários dispositivos da Lei 6.766/79; um preceito da Lei de Desapropriação e um da Lei de Registros Públicos.

Para o que nos interessa no momento, deu-se aí a consagração definitiva da tese de que o compromisso de compra e venda configura *titulus adquirendi* para efeito de transmissão da propriedade imóvel, embora restrito ao campo do imóvel loteado.

Diz o § 6º, introduzido ao art. 26 da Lei 6.766/79:

Art. 26 - § 6º - Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.

7. Já era esse o panorama legislativo e doutrinário quando foi editado o CC/2002. Como se sabe, toda a rica construção jurídica em torno do ccv se fez pela jurisprudência durante mais de 60 anos, construção esta que foi ignorada pelo novo Código. Por exemplo, e para citar apenas dois pontos sensíveis: a desnecessidade do registro do contrato para viabilizar a ação de adjudicação compulsória, bem como a visão do ccv como justo título para a contagem dos prazos de usucapião.

Com efeito, em relação ao tema do ccv, o novo CC representou enorme atraso. A esse propósito, veja-se o texto citado na nota n. 1. Imperdoável que os autores do Projeto tenham ignorado a proposta de Orlando Gomes de dezenas de anos anteriores (item 5 retro), muito mais lúcida e moderna do que acabou codificado.

Na verdade, tudo sugeria um retrocesso imenso para o ccv após a vigência do novo Código.

Mas não foi o que aconteceu, graças ao descortino e independência do Superior Tribunal de Justiça, que, por exemplo, manteve as Súmula 84⁵ e 239⁶ e continuou julgando como antes.

Foi, aliás, sintomático que na primeira Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos do Concelho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, do STF, foi aprovado o importante Enunciado n. 87, a saber:

Considera-se também título translativo, para fins do art. 1.245 do novo Código Civil, a promessa de compra e venda devidamente quitada (arts. 1417 e 1418 do CC e § 6º do art. 26 da Lei 6.766/79).

⁵ “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro.”

⁶ “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.”

8. Ainda bem que o CC/2002, pelo menos, manteve a legislação especial, inclusive a relativa ao parcelamento do solo urbano, motivo pelo qual continuou em vigor a mencionada Lei 9.785/99 que consagrou o ccv como título translativo da propriedade do imóvel loteado, ao dar nova redação ao § 6º do art. 26 da Lei 6.766/79, conforme visto acima (item n. 6).

A nova redação pegou de surpresa os estudiosos da matéria, inclusive, ao que parece, os setores ligados às relações públicas do sistema cartorário. O fato é que o tema que parecia intocável e que sempre mofara, por anos, nos escaninhos do Congresso, converteu-se inesperadamente em lei.

Ao que me consta, vários Cartórios de Registro de Imóveis do Estado de São Paulo aplicaram a lei normalmente, desde o início, ou seja, registraram inúmeros compromissos completando a transferência da propriedade dos respectivos lotes.

Contudo, o Conselho Superior da Magistratura, nos anos de 2003 e 2004, passou a entender que o mencionado § 6º, do art. 26, da Lei 9.785/99 não teria aplicação nos casos de loteamentos comuns, mas apenas nos de loteamentos promovidos pelo Poder Público ou por entidades delegadas (COABs, etc.).

Com isso, o alcance da lei inovadora foi drasticamente reduzido.

9. Inconformados com a interpretação antissocial que foi dada ao dispositivo, escrevemos artigo de doutrina intitulado *A dispensa de escritura na venda de imóvel loteado. Crítica da orientação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo* – Revista do IASP, n. 20, julho-dezembro/2007, p. 150 e s.

Passam-se mais alguns anos, e com novas composições do colegiado, particularmente com os votos dos Des. Maurício Vidigal e Maia da Cunha, – AP. 0012161-30.2010 .8.26.0604, o CSM aceita as críticas e muda de orientação.

Com isso não se conformou o Colégio Notarial de São Paulo, o qual, como *amicus curiae*, pretendeu que o CSM voltasse à orientação anterior – recurso na Dúvida de nº 9000012.75.2012.8.26.0506.

Mas não teve êxito.

Muito pelo contrário, o atual Corregedor, Des. Hamilton Eliot Ackel, não só manteve a nova orientação do Conselho, como, diante

da relevância do caso, decidiu em caráter normativo e determinou a publicação da decisão no DJE por três vezes, em dias alternados, o que se fez em 06, 08 e 12/05/2014.

10. Tão relevante é a decisão da Egrégia Corregedoria que é preciso divulgá-la, pois a questão ainda é pouco absorvida pela comunidade jurídica, motivo por que pedimos vênias para transcrever vários pontos do parecer do Dr. Swarai Cervone de Oliveira, Juiz Assessor da Corregedoria, parecer este adotado, por seus fundamentos, pelo Exmo. Corregedor, a saber:

Pela leitura do art. 26, § 6º, percebe-se que não houve menção do legislador a loteamentos populares, tratando-se de norma genérica, aparentemente dirigida ao registro da propriedade de qualquer lote. A redação é clara, sem ambiguidades, o que, em tese, dispensaria maior esforço hermenêutico. Tanto assim que sequer foi cogitada interpretação diversa pelos doutrinadores que comentaram as inovações legislativas introduzidas pela Lei nº9.785, de 29/01/1999, logo após sua edição.

MARCELO BERTHE, em artigo intitulado “As alterações das leis federais 6.015/73 e 6.766/79 e do dec-lei federal 3.365/41. Algumas notas sobre os reflexos no registro imobiliário”, comenta que o § 6º, do art. 26, envolve matéria de grande relevância, “porque se refere não só às cessões de posse, mas também aos compromissos de compra e venda em geral, tratados no art. 26 da lei 6.766/79, bem como às respectivas cessões e promessas de cessão” (Revista de Direito Imobiliário nº 46, janeiro-junho de 1999, ano 22, p. 50).

JOÃO BAPTISTA GALHARDO, após transcrever o teor do § 6º e consignar a validade dos compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, como títulos para o registro da propriedade, ressalva apenas que a validade limita-se à primeira transferência, do loteador para o primeiro adquirente, valendo transcrever:

“Esse parágrafo aplica-se uma única vez com referência ao lote, ou seja, quando o domínio houver

de ser transferido do loteador para o comprador” (Aspectos registrários da aplicação da lei federal nº 9.785, de 29.01.1999, in Revista de Direito Imobiliário no 46, janeiro-junho de 1999, ano 22, p. 38), sem qualquer alusão ou restrição da aplicabilidade do dispositivo a loteamentos populares.

Nesse contexto, respeitosamente, é possível afirmar que a interpretação restritiva acolhida por este Colendo Conselho Superior da Magistratura não se coaduna com a literalidade do texto legal e com a ideia inspiradora da norma acima mencionada.

Cumpra então enfrentar a questão sob o enfoque da interpretação sistemática e teleológica.

Alega-se que o § 6º, do 26, deve ser interpretado à luz dos §§ 3º, 4º e 5º do mesmo dispositivo, que trata das cessões de posse de parcelamentos populares, tratando-se de dispositivo voltado a realizar uma função social em benefício da população de baixa renda.

Ocorre que, salvo melhor juízo, a função social na lei de parcelamento do solo não se limita aos loteamentos populares, estendendo-se ao regramento do tema em geral. Isso porque o parcelamento do solo está diretamente ligado ao crescimento das cidades, à destinação de áreas para uso residencial, comercial e industrial, e à criação de áreas públicas como ruas e praças, envolvendo o interesse público na organização e aproveitamento dos espaços, em benefício da coletividade. Daí afirmar-se que: “O registro predial, em matéria de parcelamento do solo, não atua tão-somente como tábua da propriedade e de suas mutações. Ele figura como instrumento de controle urbanístico e protetivo-social” (BEATRIZ AUGUSTA PINHEIRO SAMBURGO, CLÁUDIA HELENA TAMISO E JOSÉ CARLOS DE FREITAS. Comentários à Lei 9.785, de 29.01.1999, sobre as alterações introduzidas na Lei 6.766/79, in Revista de Direito Imobiliário nº 46, janeiro-junho de 1999, ano 22, p. 11).

Nessa esteira, o argumento calcado na função social não se afigura suficiente para limitar o alcance do § 6º aos lotes populares, haja vista que a

função social refere-se à lei de parcelamento do solo como um todo, não se resumindo a proteger a população de baixa renda:

“As leis sobre loteamento são leis protetivas, de ordem pública, com forte conteúdo social” (José Osório de Azevedo Júnior, A dispensa de escritura na venda de imóvel loteado. Crítica da orientação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo. In Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 10, nº 20, jul.-dez./2007, p. 161.

Por fim, cabe acrescentar um derradeiro argumento de cunho interpretativo.

A regra do art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, determina que, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Ora, a simplificação da primeira transferência da propriedade, do loteador ao adquirente, independentemente da natureza do lote, acaba por facilitar a inserção do bem no mercado, contribuindo para a segurança jurídica e para a circulação de riqueza, coadunando-se como o bem comum e com o fim social de zelar pela juridicidade do parcelamento.

11. É importante frisar que a interpretação do texto legal acatada definitivamente pelo CSM beneficia enormemente a ambas as partes envolvidas no negócio imobiliário de compra de lote.

Os compradores, porque ficam dispensados dos ônus cartoriais e despesas judiciais comuns, as quais surgem naturalmente em decorrência do longo tempo verificado com os loteamentos, como mortes, separações, inventários, alvarás e até ações de usucapião.

Os loteadores também são favorecidos, pois ficam dispensados de cumprir a obrigação de outorgar escritura a pessoas às vezes até desaparecidas e poder encerrar definitivamente o seu empreendimento.

A sociedade como um todo também é beneficiada, pois, como acentuado na decisão, facilita a inserção do bem no mercado, contribuindo para a segurança jurídica e a circulação da riqueza.

O único figurante que se sente prejudicado é o cartório, que fica sem o privilégio de lavrar uma escritura reconhecidamente inócua e dispensada agora por expressa disposição legal.

No caso, o Colégio Notarial nem foi parte no feito, nele tendo ingressado como *amicus curiae*, ou seja, amigo do tribunal, para auxiliar na busca de um bom julgamento. Mas a realidade mostrou que se tratava apenas da defesa de um mero interesse corporativo, um privilégio cartorário, uma reserva de mercado para a prestação de um serviço inútil.

12. Para registrar o contrato com a quitação, ou simplesmente averbar a quitação se o contrato já estiver registrado, o comprador poderá encontrar alguma dificuldade para exibir o instrumento de quitação.

Se o contrato é de prazo muito extenso, o comprador pode ter perdido recibos ou não ter meios para localizar o vendedor, ou seus sucessores.

A solução está no processo simples de justificação. Com a apresentação de alguns recibos de prestações ou de tributos e contas diversas, testemunhas informando a posse do comprador no imóvel e a inexistência de qualquer ação por parte do vendedor, a procedência da justificação será fatal e a sentença valerá como a quitação e será levada ao registro de imóveis para completar a aquisição da propriedade do imóvel pelo comprador.

O loteador que desejar encerrar definitivamente o seu empreendimento e formalizar a transmissão da propriedade dos lotes talvez encontre dificuldade de ordem tributária, uma vez que haverá necessidade de prova do pagamento do imposto de transmissão a cargo do adquirente. De qualquer forma, a quitação é ato unilateral e o credor se desonera do seu dever emitindo a declaração cabal de que recebeu a totalidade do preço.

13. Como se sabe, na medida em que um privilégio se torna anacrônico e ilegítimo, seu titular apegar-se a ele sem qualquer outra razão a não ser o próprio privilégio. Ignora o interesse da coletividade, a ordem pública, os fins sociais da lei, os princípios fundamentais da ordem econômica. É inútil esperar do titular de um privilégio, nessas circunstâncias, qualquer ação fundada em alguma racionalidade jurídica.

Por isso, se faz necessário que tais privilégios sejam extirpados coercitivamente, como fez o legislador ao editar a Lei 9.785/99 e introduzir o § 6º ao art. 26 da Lei 6.766/79. E como fez o Senhor Corregedor ao dar plena eficácia ao preceito e reconhecer a necessidade de sua ampla divulgação.

14. Como se vê do histórico já mencionado, a evolução do tema ocorreu sempre no sentido da desburocratização da aquisição imobiliária, mas desenvolveu-se de forma lentíssima, pois as novidades surgiam após décadas e décadas.

Sempre se notou também a forte influência, seja na legislação seja na jurisprudência, do regime jurídico do imóvel loteado no imóvel não loteado.

Assim, por exemplo, a instituição do direito real, a admissão do instrumento particular, a exigência de outorga conjugal, a vedação do arrendimento, a adjudicação compulsória, etc.

15. Quanto ao futuro, é de se esperar que a evolução continue no sentido de facilitar o negócio imobiliário e prestigiar o interesse da coletividade.

No que diz respeito ao progresso na legislação, não se deve ser otimista, pois o nosso Legislativo costuma manter a tradição de favorecer interesses corporativos.

A Jurisprudência, embora lenta, como é de sua natureza, é mais aberta e pode trilhar caminhos mais abertos.

Hoje, temos a Lei 6.766/79, art. 26, § 4º, com a redação da Lei 9.785/99, cujo texto já foi transcrito no item 6, que dispensa a escritura pública de venda e compra nos casos dos chamados imóveis loteados.

É de se esperar que o próximo passo seja dado pelos tribunais estendendo o preceito para qualquer tipo de imóvel.

Parece-me que essa questão do imóvel ser loteado, ou não, é um complicador inteiramente injustificável.

Se a chamada *escritura definitiva* é inócua e inútil para uma hipótese, como já se discutiu no direito brasileiro *ad nauseam*, não pode deixar de sê-lo também para a outra hipótese. As mesmas razões de decidir e a mesma *ratio legis* estão presentes em ambas as hipóteses.

Nesse ponto, merece respeitosa crítica a decisão normativa retro transcrita no ponto em que, numa interpretação meramente literal, entendeu que a escritura é dispensada apenas na *primeira transferência da propriedade, do loteador ao adquirente*.

16. A meu ver, nada justifica tal restrição. Quase todo imóvel particular urbano não submetido à Lei de Incorporações originou-se de um loteamento.

Veja-se em São Paulo: seja nos bairros ricos, seja nos bairros pobres, a grande maioria dos imóveis originou-se de loteamentos. Não se vê razão lógica para deixar de ser considerado loteado o imóvel adquirido apenas porque houve a outorga e o registro de uma primeira escritura de venda. Se uma gleba bruta foi loteada, as marcas físicas e jurídicas permanecem indelevelmente nos novos imóveis até que a lei as altere.

É verdade que, ao dispensar a escritura, o § 4º, do art. 26, da Lei 6.766/79 refere-se a *título para o registro da propriedade do lote adquirido*.

Mas lote de quê? Evidentemente, lote de **terreno**. Lote não tem significado próprio. O importante é a realidade do terreno e não a simples expressão *lote*, que é um mero termo partitivo, que não tem autonomia, que apenas indica uma fração de uma outra realidade que, no caso, é o terreno.

Se no ccv de um terreno consistente em um lote está, por disposição legal, dispensada a escritura definitiva, não se vê razão lógica para não dispensar a escritura quando outro e posterior ccv tenha por objeto o mesmo terreno.

Um terreno que foi adquirido inicialmente como um lote em um dos renomados loteamentos de São Paulo continua com seu carisma jurídico indefinidamente até que nova legislação urbanística possa atingi-lo. Continuará, por exemplo, tendo de respeitar indefinidamente os ônus relativos aos recuos, finalidade do uso, percentual de área construída e demais restrições, como determina a própria Lei do Parcelamento do Solo⁷.

Em tais circunstâncias, não é razoável considerar que o imóvel, como num passe de mágica, deixou de ser considerado loteado simplesmente porque foi outorgada a primeira escritura, ou porque foi registrado o ccv com a prova de quitação.

Se o novo proprietário tem de suportar os ônus e restrições que incidem sobre o imóvel por força da Lei 6.766/79, ele, proprietário, também precisa gozar da vantagem, concedida por essa mesma lei,

⁷ Art. 45 – O loteador, ainda que já tenha vendido todos os lotes, ou os vizinhos são partes legítimas para promover ação destinada a impedir construção em desacordo com restrições legais ou contratuais.

ao afastar a exigência da, com a devida vênia, famigerada escritura definitiva.

17. Concluindo, espera-se, em relação à evolução do tema, que surja lei expressa estendendo o preceito do art. 26, § 6º, da Lei 6.766/79, para qualquer tipo de imóvel.

Como também se espera que a jurisprudência caminhe no mesmo sentido.

O eminente Ministro Ruy Rosado, ao tomar conhecimento da decisão da Corregedoria de São Paulo, ponderou: “As boas teses terminam vencendo.”

É verdade. Mas como demoram!

O conceito de fato do produto ou do serviço e sua (necessária?) vinculação à ocorrência de um perigo à segurança do consumidor

Fabio Luís Castaldello

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

Existe importante controvérsia sobre a caracterização, em tese, do fato do produto ou do serviço.

Tal controvérsia decorre do embate entre duas correntes interpretativas dos comandos insertos na Seção II do Capítulo IV do CDC, nominada “Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, sendo uma delas de feição restritiva, pois vincula a caracterização do fato do produto ou do serviço obrigatoriamente à presença de um vício de segurança do produto ou do serviço, que assim expõe a risco a segurança pessoal e a incolumidade físico-psíquica do consumidor, a qual se contrapõe à outra veia interpretativa de feição liberal, assim rotulada porque admite a caracterização do fato do produto ou do serviço sempre que o consumidor sofrer qualquer prejuízo em razão de um vício qualquer do produto ou do serviço – e não necessariamente um vício de segurança causador de risco ou perigo à sua incolumidade ou segurança –, que extrapole o valor do próprio produto ou serviço viciado.

O interesse pelo tema decorre da constatação que, em nossa missão diária de julgar, não raro nos deparamos com questões pontuais em que o estudo da doutrina e jurisprudência nos revelou esse importante ponto de controvérsia na conceituação do fato do produto e do serviço, controvérsia que não se trata de mera questão acadêmica, mas, sim, de discussão cuja solução, neste ou naquele sentido, importa na produção de efeitos práticos relevantes, como, por exemplo, a redução ou ampliação do prazo prescricional da pretensão indenizatória deduzida em juízo.

2. Generalidades sobre o vício do produto ou do serviço, úteis à compreensão do fato do produto ou do serviço

Decorre da lógica do tratamento dado à matéria pelo CDC que pode haver produto ou serviço viciado que não dê causa a um fato do produto ou do serviço, mas não haverá fato do produto ou do serviço sem um produto ou serviço viciado.

O termo vício do produto ou do serviço, tal como adotado no CDC, corresponde à qualificação jurídica do vulgar defeito/problema do produto ou do serviço. Produto viciado é o produto vulgarmente defeituoso, ou seja, aquele que, no dia a dia, apresenta algum problema. Humberto Theodoro Júnior parece também entender o vício do produto ou do serviço como o vulgar defeito quando assim se manifestou:

Ao fato do produto corresponde a obrigação de indenizar perdas e danos (CDC, art. 12) e ao vício ou defeito do produto corresponde a obrigação de repará-lo, em prazo determinado, com opções para o consumidor, caso não haja o reparo satisfatório, por (i) substituição do produto; (ii) restituição da quantia paga, mais perdas e danos; ou (iii) abatimento proporcional do preço (CDC, art. 18, caput e par. 1º) (2008, p. 435).

Ocorre que o CDC complica essa simples comparação, tão útil à compreensão do que seja um vício, uma vez que parece dar qualificação jurídica ao vulgar defeito na disciplina legal do fato do produto ou do serviço. Ou seja, defeito no CDC parece não ser o defeito vulgar, do cotidiano. Assim ocorre porque o termo defeito não é utilizado sequer uma vez nos artigos que integram a Seção III do Capítulo IV do CDC, intitulado “Da responsabilidade por vício do produto e do serviço”; contudo, nos artigos que integram a Seção II do mesmo Capítulo IV do CDC, que trata “Da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço”, vemos expressa referência ao termo defeito, além de encontrarmos conceituação legal de produtos e serviços defeituosos. E tal roupagem legal dada ao termo defeito o vincula, especificamente, à ideia de segurança, de dever de segurança.

É por conta desse tratamento legal que, para alguns, falar em defeito do produto ou do serviço não é o mesmo que falar em vício do produto do serviço. Assim entende Bruno Miragem:

O defeito, como pressuposto da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, é uma falha do atendimento do dever de segurança imputado aos fornecedores de produtos e de serviços no mercado de consumo. Difere dos vícios, que representam a falha a um dever de adequação, que se dá quando o produto ou serviço não servem à finalidade que legitimamente deles são esperados, pelo comprometimento de sua qualidade ou quantidade (2008, p. 267).

Interessante, para fazer contraponto, transcrever o entendimento de Zelmo Denari a respeito dessa controvérsia, lembrando ser ele um dos autores do projeto de lei que foi elaborado e que, submetido ao Congresso Nacional, foi aprovado e convertido no CDC:

Existe uma tendência doutrinária que se preocupa em estabelecer uma dicotomia entre vício de qualidade e defeito. A nosso aviso, a dicotomia não existe, pois essas expressões se implicam, reciprocamente. Tanto posso aludir ao vício de qualidade como um defeito de um produto, como ao defeito como um vício de qualidade do mesmo produto (2001, p. 155).

Essa controvérsia será novamente lembrada mais adiante, uma vez relevante para a conceituação de fato do produto ou do serviço. Por enquanto, foi necessária sua referência para a conceituação de vício do produto ou do serviço. E, para o nosso desenvolvimento do tema vício do produto, repise-se, como salientamos alhures, o vício corresponde à noção vulgar de defeito, enquanto problema, não ao conceito jurídico de defeito adotado por parte da doutrina em razão da roupagem jurídica que decorre de seu tratamento legal dispensado na Seção II do Capítulo IV do CDC.

O CDC não anuncia um conceito de vício do produto ou do serviço. Quando se vale da terminologia vício do serviço, assim o faz para atrelar a responsabilidade do fornecedor aos defeitos (sentido vulgar, e não jurídico, conforme controvérsia retro anunciada) ou problemas do produto ou do serviço. Contudo, dos artigos 12 e 20 do CDC se depreende que os vícios são ocorrências – problemas ou defeitos (sentido vulgar,

e não jurídico, conforme controvérsia retro anunciada) – que tornam o produto ou o serviço impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuem o valor.

De maneira geral, a doutrina identifica o vício do produto do serviço como o problema que desqualifica o produto ou o serviço:

Vício, por sua vez, é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço em si; um defeito que lhe é inerente ou intrínseco. É chamado de vício de adequação porque apenas causa o mau funcionamento, utilização ou fruição do produto ou do serviço; compromete sua prestabilidade (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 518).

E se distingue a figura do vício do produto ou do serviço da figura do fato do produto ou do serviço na medida em que, nos casos de vício, o prejuízo do consumidor se circunscribe às perdas relacionadas ao próprio produto ou serviço viciado, enquanto no fato do produto ou do serviço, aquele problema se manifesta de maneira mais importante, provocando danos variados, não só relacionados ao próprio produto viciado. Por exemplo, consumidor usou uma serra elétrica que apresenta problema de qualidade que a torna imprestável para o fim a que se destina, prontamente desligando a máquina, sem qualquer outra consequência, importa no reconhecimento de vício do produto; acaso esta mesma serra elétrica, uma vez utilizada, além de imprestável, venha provocar lesão corporal àquele que a maneja, importa no reconhecimento de fato do produto.

Nos casos de vício do produto, o CDC garante ao consumidor, nos termos dos incisos I, II e III do par. 1º do seu art. 18, alternativamente, à sua escolha, a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso; a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; e o abatimento proporcional do preço. Já nos casos de vício de quantidade, o CDC garante ao consumidor, nos termos dos incisos I, II, III e IV do seu art. 19, alternativamente, à sua escolha, o abatimento proporcional do preço; a complementação do peso ou medida; a substituição do produto por outro da mesma espécie, marca ou modelo, sem os aludidos vícios, e a restituição imediata da quantia paga monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos.

E nos casos de vício do serviço, o CDC garante ao consumidor, nos termos dos incisos I, II e III do seu art. 20, alternativamente, à sua escolha, a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; a restituição imediata da quantia paga monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, e o abatimento proporcional do preço.

Muito se poderia ainda falar de vício do produto, contudo, para cumprir nossos objetivos neste trabalho, esclarecemos, mais uma vez, que nos atentamos apenas aos aspectos básicos do vício para uma melhor compreensão da figura do fato do produto e do serviço.

Encerramos esta singela caracterização do vício do produto ou do serviço advertindo que o direito de o consumidor reclamar pelos vícios se sujeita aos prazos decadenciais do art. 26 do CDC, e não ao prazo prescricional do art. 27 do mesmo código, o qual, como já salientamos alhures, tem aplicação restrita às pretensões relacionadas aos prejuízos decorrentes de fato do produto ou do serviço.

3. Fato do produto ou do serviço

Partindo do conceito de vício do produto ou do serviço, adicionando-se a ocorrência de um dano que vai além da perda que atinge o próprio produto ou serviço viciado e ofende o patrimônio do consumidor ou sua própria incolumidade, chega-se à ideia básica da figura jurídica do fato do produto ou do serviço.

Dessa singela conclusão é que nos atrevemos a conceituar o fato do produto ou do serviço como a ocorrência de um evento danoso ao consumidor decorrente de um vício do produto ou do serviço.

Para nós, o fato do produto ou do serviço é o evento danoso como um todo, ou seja, vício/defeito/problema mais dano, não só o vício/defeito/problema qualificado, causa de dano, tampouco só o dano, ou seja, fato como sinônimo do dano. “O fato é o evento danoso externo gerado pelo produto em prejuízo do consumidor ou de terceiro que venha utilizá-lo ou consumi-lo” (THEODORO JÚNIOR, 2008, p. 435).

Tal como na disciplina do vício, o CDC não anuncia um conceito de fato do produto ou do serviço. Quando se vale da terminologia fato do serviço, assim o faz, em uma única oportunidade, ao nominar a Seção II do Capítulo IV, para atrelar a responsabilidade do fornecedor aos defeitos do produto ou do serviço.

Observa-se que nos artigos que integram a Seção II do Capítulo IV do CDC, nominada “Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço” não há qualquer menção ao termo “fato do serviço”. Este, como salientado alhures, só é lido no próprio título da seção.

E também, nesses mesmos artigos da Seção II do Capítulo IV do CDC, que tratam “Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, não há sequer uma menção ao termo “vício”. Sempre que se faz referência a um problema do produto ou do serviço, problema este que nos remete àquela ideia singela de vício do produto, o CDC se vale dos termos “defeito” e “defeituoso”.

Daí surge a controvérsia sobre o conceito de fato do serviço.

Cumpre-nos, neste ponto, reintroduzir a discussão já aventada em linhas anteriores, sobre a vinculação do termo defeito à figura do fato do produto e do serviço, dissociado da figura do vício, e ainda aprofundá-la, uma vez que, para alguns, o defeito se relaciona necessariamente a um vício/problema de segurança, restringindo assim o conceito de defeito, e, conseqüentemente, de fato do produto ou do serviço, às ocorrências comprometedoras da segurança pessoal do consumidor:

O defeito, como pressuposto da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, é uma falha do atendimento do dever de segurança imputado aos fornecedores de produtos e serviços no mercado de consumo (MIRAGEM, 2008, p. 267).

Relembre-se que em doutrina o fato do produto ou do serviço é chamado de defeito de segurança e o vício é chamado de vício de adequação [...] (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 543).

Julgado do Superior Tribunal de Justiça também apresenta-se nesse sentido, conforme trecho do voto proferido pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do Recurso Especial n. 967.623:

Partindo da classificação utilizada pelo CDC, um produto ou serviço apresentará vício de adequação sempre que não corresponder à legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição, ou seja, quando a desconformidade do produto ou do serviço comprometer a sua prestabilidade

ou servibilidade. Outrossim, um produto ou serviço apresentará defeito de segurança quando, além de não corresponder à expectativa do consumidor, sua utilização ou fruição for capaz de adicionar riscos à sua incolumidade ou de terceiros. Em outras palavras, a insegurança é um vício de qualidade ou, para manter a terminologia do CDC, um defeito, que se agrega ao produto ou serviço como um novo elemento de desvalia.

Cumpre anotar que, de maneira geral, tal como se depreende do comando judicial retro, quando se fala em falha do dever de segurança, insegurança, risco à segurança do consumidor, traduz-se a ideia de risco à saúde do consumidor:

Já na responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, o vício extrapola a esfera da coisa e atinge a incolumidade física ou psíquica da pessoa. A impropriedade do produto ou serviço atinge a pessoa, resultando no dever de reparação por danos morais, à saúde, à vida, à imagem ou ainda reparação de danos estéticos (SAMPAIO, 2013, p. 43).

A responsabilidade do fornecedor tratada na presente seção está intimamente ligada a anomalias que afetam a funcionalidade do produto ou do serviço – integridade econômica –, diferentemente da responsabilidade pelo fato, que envolve a potencialidade danosa à saúde e à segurança do consumidor – integridade físico-psíquica (DIAS, 2013, p. 59).

Tal como já afirmamos linhas atrás, essa vinculação do termo defeito, exclusivamente, à figura do fato do produto e do serviço, dissociado da figura do vício, ocorre porque o termo defeito não é utilizado sequer uma vez nos artigos que integram a Seção III do Capítulo IV do CDC, intitulado “Da responsabilidade por vício do produto e do serviço”; contudo, nos artigos que integram a Seção II do mesmo Capítulo IV do CDC, que trata “Da responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço”, vemos expressa referência ao termo defeito, além de encontrarmos conceituação legal de produtos e serviços defeituosos.

Por isso fizemos referência, em mais de uma ocasião, à existência de um conceito legal de defeito, que difere da ideia vulgar de defeito enquanto mero problema ou vício de um produto ou serviço. A questão que se coloca é saber se, realmente, este conceito jurídico de defeito altera a ideia vulgar de defeito enquanto problema qualquer ou vício, e se, dando qualificação diferenciada, o conceito de defeito passa a contemplar somente os problemas relacionados à segurança.

Diz o “caput” do artigo 12 do CDC que os fornecedores de produtos respondem pelos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, enquanto o “caput” do artigo 14 diz que os fornecedores de serviços respondem pelos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. Da leitura isolada desses dispositivos legais resta impossível e mesmo impensável querer dar ao termo “defeitos” acepção distinta daquela que identifica o defeito como um problema qualquer, um vício. Muito menos se consegue, logicamente, vincular o termo defeito a um problema relacionado à segurança pessoal do consumidor.

Ocorre que, parece-nos, para os que a defendem a vinculação do conceito de defeito à ideia de problema relacionado à segurança do consumidor, tal vinculação decorre do disposto tanto no par. 1º do mesmo referido artigo 12 do CDC, como do disposto no par. 1º do referido artigo 14 do CDC. Autorizada doutrina, contudo, esclarece que tal vinculação se dá em razão de o CDC se inspirar na Diretiva europeia sobre responsabilidade civil pelo fato do produto, de 1985 (MIRAGEM, 2008, p. 266).

Segundo o par. 1º do artigo 12 do CDC e seus respectivos incisos, o produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam, e a época em que foi colocado em circulação. E nos termos do par. 1º do art. 14 do CDC e seus respectivos incisos, o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais, o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam, e a época em que foi fornecido.

A questão que se coloca, então, é a seguinte: somente em razão de os parágrafos primeiros dos artigos 12 e 14 do CDC anunciarem que o produto ou serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, pode-se afirmar que tais dispositivos legais qualificam o termo defeito lançado no “caput” dos referidos artigos para restringi-lo à ideia de defeito de segurança? E mais, se assim operou-se, essa ideia de defeito de segurança é limitada à ideia de segurança pessoal, assim entendida aquela que tutela a integridade corporal do consumidor?

Doutrina de Farias, Rosenvald e Braga Netto justifica nossas indagações:

Na doutrina, o vocábulo defeito é usado, muitas vezes, como sinônimo de fato do produto ou serviço, ou acidente de consumo. Nesse contexto, há, no vício, prejuízos apenas econômicos, que tornam os produtos e serviços impróprios ou inadequados. O vício desvaloriza os produtos ou serviços ou reduz sua utilidade. Pode estar relacionado a qualidade ou quantidade. Já no fato – que alguns chamam “defeito” – ao contrário, há danos pessoais, físicos ou morais (2015b, p. 667).

Mas como já referido anteriormente, essa corrente interpretativa mais restritiva, que vincula o conceito de fato do produto ou do serviço ao conceito de defeito relacionado à falta de segurança do produto e do serviço, nos termos retro anunciados, não reina absoluta; há também corrente interpretativa distinta, não restritiva.

Para esse entendimento não restritivo, há fato do produto ou do serviço sempre que, em razão de um defeito qualquer, assim entendido com um problema ou vício qualquer, o consumidor experimentar prejuízo que extrapole as perdas relacionadas ao próprio produto ou serviço viciado. O fato do produto ou do serviço caracteriza-se com a ocorrência de um vício do produto mais o evento danoso que extrapola as perdas relacionadas ao próprio produto ou serviço viciado, pouco importando que o vício em questão se relacione à falta de segurança.

Como já nos referimos em passagem pretérita, Zelmo Denari, um dos autores do projeto de lei que foi elaborado e que, submetido ao Congresso Nacional, foi aprovado e convertido no CDC, não promove

tal distinção entre vício e defeito. Para ele, o defeito referido na Seção II do Capítulo IV do CDC, que trata “Da responsabilidade pelo fato do produto e do serviço”, não passa de vício de qualidade ou adequação que adiciona riscos à integridade física do consumidor. Pertinente a transcrição de seu completo entendimento sobre o tema:

Existe uma tendência doutrinária que se preocupa em estabelecer uma dicotomia entre vício de qualidade e defeito. A nosso aviso, a dicotomia não existe, pois essas expressões se implicam, reciprocamente. Tanto posso aludir ao vício de qualidade como defeito de um produto, como ao defeito como um vício de qualidade do mesmo produto.

Entende-se por defeito ou vício de qualidade a qualificação de desvalor atribuída a um produto ou serviço por não corresponder à legítima expectativa do consumidor, quanto à sua utilização ou fruição (falta de adequação), bem como por adicionar riscos à integridade física (periculosidade) ou patrimonial (insegurança) do consumidor ou terceiros.

Partindo desse conceito, 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 do serviço compromete a sua prestabilidade ou servibilidade. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de adequação do produto ou do serviço.

Por outro lado, um produto ou serviço é defeituoso, da mesma sorte, quando sua utilização ou fruição é capaz de adicionar riscos à segurança do consumidor ou de terceiros. Nesta hipótese, podemos aludir a um vício ou defeito de segurança do produto ou do serviço.

O Código de Defesa do Consumidor se ocupa dos vícios de adequação em sua Seção III, disciplinando nos arts. 18 a 25 a responsabilidade por vícios, e dos vícios de segurança em sua Seção II, arts. 12 a 17, sob a rubrica “Da responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço”.

Para bem explicitar a distinção entre os dois modelos de defeito e responsabilidade, podemos

considerar as seguintes situações jurídicas: a) um produto ou serviço pode ser defeituoso sem ser inseguro; b) um produto ou serviço pode ser defeituoso, e ao mesmo tempo, inseguro (2001, p. 155-156).

Depreende-se de tal explanação que não haveria de se pensar, necessariamente, em defeito como sinônimo de risco à segurança do consumidor. Defeito seria um vício, um problema na linguagem cotidiana. Seria um defeito/vício/problema de segurança se ele, efetivamente, oferecesse risco à incolumidade do consumidor, o que nem sempre ocorre no mundo dos fatos.

De mesmo entendimento compartilha Luís Antônio Rizzatto Nunes:

Temos, então, que o vício pertence ao próprio produto ou serviço, jamais atingindo a pessoa do consumidor ou outros bens seus. O defeito vai além do produto ou do serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico, seja moral e/ou material (2007, p. 183-184).

Trecho do voto proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão no julgamento do REsp nº 1.276.311-RS pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocorrido aos 20 de setembro de 2011, indica a existência de entendimento jurisprudencial nesse mesmo sentido:

Assim, o defeito do serviço que deu causa à negativação indevida do nome do consumidor, ato ilícito que caracteriza, também, infração administrativa (art. 56 do CDC c/c o art. 13, inc. XIII, do Decreto 2.181/1997) e ilícito penal (arts. 72 e 73 do CDC), gerando direito à indenização por danos morais (REsp 1062336/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/12/2008, DJe 12/05/2009), não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC (grifos nossos).

Cumpre-nos esclarecer que essa controvérsia tem efeitos práticos importantes. Se adotada a interpretação que vincula o termo defeito à

insegurança do produto ou do serviço, só haverá fato do produto ou do serviço em casos específicos, em que o prejuízo do consumidor resultar de tal insegurança, insegurança esta que se refere exclusivamente a riscos à saúde e à incolumidade físico-psíquica. Por outro lado, sem que se adote tal interpretação vinculante de conceitos, haverá fato do produto ou do serviço em maior número de casos, afinal, nem todo prejuízo do consumidor decorre de um defeito de segurança. E assim, a observância do prazo prescricional do art. 27 do CDC estará ou não atrelada à ocorrência de um prejuízo relacionado à segurança do consumidor. Nesse sentido a advertência restritiva de CAHALI:

Extrai-se da intenção normativa que referido art. 27 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 (2008, p. 233).

Nosso entendimento, na esteira das lições de Zelmo Denari e Luiz Antônio Rizzatto Nunes retro transcritas, é de que, nada obstante se use apenas o termo defeito nos artigos relacionados à disciplina do fato do produto ou do serviço, tal circunstância não importa em reconhecer que, para ocorrência de um fato do produto ou do serviço, o problema que deu causa ao prejuízo do consumidor necessariamente deva referir-se a um problema de segurança, uma falha no dever de segurança, e muito menos, de maneira ainda mais restritiva, referir-se a um problema de segurança pessoal do consumidor, de risco à sua incolumidade, à sua saúde.

Para nós, o par. 1º do art. 12 e o par. 1o do art. 14 do CDC, ao anunciarem que um produto ou serviço é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, não restringiram o conceito de defeito aos casos de insegurança; pelo contrário, acrescentaram à ideia vulgar de defeito, enquanto mero problema, que sem dúvida nenhuma foi a empregada nas cabeças dos referidos artigos, o conceito de defeito ou problema de insegurança. Antes de restringir conceito, entendemos que referidos parágrafos ampliaram o conceito de defeito.

Nada impede que se utilize o termo defeito para expressar que aquele problema que deu causa a um prejuízo se trata de um vício

qualificado pela insegurança, um vício que expôs ao risco a incolumidade do consumidor, desde que não se restrinja o reconhecimento de ocorrência de um fato do produto ou do serviço às situações em que se constate um vício de segurança. O fato do produto ou do serviço contempla também ocorrências danosas que nada têm a ver com risco à segurança de consumidor.

Não é demais transcrever o entendimento de Rizzatto Nunes:

Temos, então, que o vício pertence ao próprio produto ou serviço, jamais atingindo a pessoa do consumidor ou outros bens seus. O defeito vai além do produto ou do serviço para atingir o consumidor em seu patrimônio jurídico, seja moral e/ou material (2007, p. 183-184).

Trecho do voto proferido pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva no julgamento do REsp nº 1.176.323-SP, pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ocorrido aos 3 de março de 2015, indica a existência de entendimento jurisprudencial nesse mesmo sentido:

Ressalte-se que, não obstante o § 1º do art. 12 do CDC preconizar que produto defeituoso é aquele desprovido de segurança, doutrina e jurisprudência convergem quanto à compreensão de que o defeito é um vício grave e causador de danos ao patrimônio jurídico ou moral.

Trabalhemos com um exemplo corriqueiro, de indevida inscrição de dados do consumidor em cadastros de inadimplentes, a popularmente conhecida “negativação” indevida, primeiro enfrentando o tema como aqueles que vinculam o fato do serviço ao defeito de segurança, e depois como aqueles que assim não o fazem, por reconhecer que o defeito não se refere necessariamente a problema de insegurança.

No primeiro caso, Maria é correntista do Banco A, o qual, por falha de seus prepostos, indevidamente promove a “negativação” dos dados daquela, provocando-lhe assim danos morais indenizáveis. Se adotado o entendimento de que só há fato do produto ou do serviço nos casos em que há ofensa à segurança do consumidor, a toda evidência, o caso concreto não se amolda à figura do fato do produto ou do serviço.

Insustentável que a “negativação” indevida pôs em risco a segurança da consumidora. E a consequência dessa conclusão causa perplexidade, pois, no caso, não se trata de mero vício do produto ou do serviço – afinal, sobreveio prejuízo à consumidora não relacionado estritamente ao produto ou serviço viciado –, e não sendo caso de fato do produto ou do serviço, nada obstante ocorrido o prejuízo no desenvolver de uma relação consumerista, o tratamento legal deste evento danoso estaria fora do CDC. Sequer o prazo prescricional a ser observado seria aquele do art. 27 do CDC, afinal, este só se aplica aos casos de fato do produto ou do serviço.

Já em nosso segundo caso hipotético, a situação fática é idêntica à retro referida, contudo, a análise do caso se dá de acordo com o entendimento de que o defeito não se refere necessariamente a problema de insegurança. Segundo tal vertente de pensamento, não há dúvida alguma que o caso concreto se amolda à figura do fato do produto ou do serviço. Com ou sem risco à segurança da consumidora, o defeito na prestação do serviço do banco causou-lhe um prejuízo não relacionado estritamente ao serviço viciado, circunstância bastante para a caracterização do fato do produto ou do serviço. Sendo assim, todo o tratamento legal do caso se daria pelo CDC.

Pensemos agora noutra situação, também corriqueira e relacionada à “negativação” indevida, seguindo-se a análise dos casos tal como anteriormente proposta. Maria não é cliente do Banco A, mas este, sem qualquer razão, promove a “negativação” daquela, causando-lhe dano moral indenizável.

Analisando o caso sob a ótica do entendimento de que só há fato do produto ou do serviço quando o defeito importa em risco à segurança, restaria até mesmo impossível aplicar ao caso o CDC. A toda evidência, a “negativação” indevida não importa em ofensa à segurança de Maria, de modo que não haveria, no caso, fato do produto ou do serviço. Maria não é cliente do Banco A, portanto, entre eles não há relação consumerista. Maria não pode ser considerada consumidora equiparada, nos termos do art. 17 do CDC, afinal, não é caso de fato do produto ou do serviço. Sem dúvida, tal conclusão causa perplexidade e nos faz refletir se, realmente, é sustentável o entendimento de que só há fato do produto ou do serviço em casos de risco à segurança do consumidor.

Já se analisando o caso sob a ótica de que o fato do produto ou do serviço se caracteriza sempre que de um vício do produto ou do serviço decorrer um dano ao consumidor não relacionado estritamente ao produto ou serviço viciado, aplica-se perfeitamente ao caso o CDC

em sua inteireza, uma vez que Maria, mesmo sem previamente manter vínculo consumerista com o Banco A, é equiparada a consumidora nos termos do art. 17 do CDC.

Como visto, vincular o conceito de fato do produto ou do serviço à ocorrência de um defeito que coloca em risco a segurança do consumidor é expediente que restringe, demais, o âmbito de aplicação das normas do CDC a situações fáticas que, sem dúvida, merecem o tratamento protetivo da legislação consumerista.

Alternativa viável para amenizar o rigor daquele entendimento mais restritivo seria considerar que a segurança tutelada não se relaciona exclusivamente à saúde do consumidor, à sua incolumidade físico-psíquica, para assim adotar-se um conceito amplo de segurança do consumidor, para albergar, p. ex., a segurança patrimonial, o que autorizaria assim o reconhecimento de fato do produto ou do serviço nas ocorrências retro exemplificadas. Contudo, parece-nos que tal expediente importa em flagrante contrariedade das ideias daqueles que pregam a vinculação do fato do produto ou do serviço à ocorrência de risco à segurança do consumidor, uma vez que toda a estruturação de tal entendimento repousa na premissa que a insegurança expõe a risco somente a incolumidade físico-psíquica do consumidor. Fosse assim, na prática, não haveria razão para tanto se escrever e argumentar a fim de convencer que o defeito não é o mesmo que vício.

Ou ainda, na tentativa de suavizar o rigor daquele entendimento mais restritivo, reconhecer que em todo caso de ocorrência de dano moral indenizável se faz presente o defeito de segurança, por se entender que todo dano moral indenizável encerra em si um dano à incolumidade psíquica do consumidor. Tal expediente, contudo, não evitaria a perplexidade advinda de situações que envolvem prejuízos de cunho exclusivamente materiais. Para constatação da veracidade de tal afirmação, basta nos valermos de casos hipotéticos semelhantes àqueles retro analisados, desconsiderando ocorrência de prejuízo imaterial e contemplando ocorrência de prejuízos exclusivamente materiais.

4. Conclusão

Exposição de doutrina e de casos concretos julgados pelos tribunais pátrios demonstrou a existência de duas correntes interpretativas da disciplina do fato do produto ou do serviço no CDC, uma que vincula a sua caracterização exclusivamente aos casos de perigo à saúde e

incolumidade física ou psíquica do consumidor, em contraposição à outra que admite sua caracterização sempre que o consumidor suportar qualquer prejuízo que extrapole o próprio valor ou utilidade do produto ou serviço viciado.

Esperamos haver apresentado argumentos suficientes para convencimento de que o direito positivo pátrio não dá guarida à corrente interpretativa mais restritiva, que vincula a sua caracterização exclusivamente aos casos de perigo à saúde e incolumidade física ou psíquica do consumidor, bem como para demonstrar que a corrente interpretativa não restritiva, que admite sua caracterização sempre que o consumidor suportar qualquer prejuízo que extrapole o próprio valor ou utilidade do produto ou serviço viciado, é a que melhor atende melhor tutela os interesses dos consumidores.

Referências bibliográficas

CAHALI, Youssef Said. *Prescrição e decadência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DENARI, Zelmo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. II.

DIAS, Patricia Álvares et al. In: MACHADO, Costa (Org.). FRONTINI, Paulo Salvador (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Manole, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015a. v. 1.

_____. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015b. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Alvino. *Culpa e risco*. 2. ed. rev. e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor direito penal do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAMPAIO, Marli Aparecida et al. In: MACHADO, Costa (Org.). FRONTINI, Paulo Salvador (Coord.). *Código de Defesa do Consumidor interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. Barueri: Manole, 2013.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código civil: dos atos jurídicos lícitos. Dos atos ilícitos. Da prescrição e da decadência. Da prova*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 1, t. 2.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

O caso fortuito e a não incidência do dever de indenizar nas relações de consumo

*Alexandre Dartanhan de Mello Guerra*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

“Viver é muito perigoso: sempre acaba em morte.”
(Guimarães Rosa, Grande Sertão: veredas)

Sumário: Introdução. 1. O nexa causal como elemento de fixação do dever de indenizar. 2. Crítica à nomenclatura “hipóteses excludentes de responsabilidade civil” (a proposta de substituição por “hipóteses de não incidência do dever de indenizar”). 3. A ausência de indicação de caso fortuito como hipótese de não incidência de responsabilidade civil nos artigos 12 e 14, §§ 3º, do CDC e suas consequências. 4. O caso fortuito: a delimitação do seu alcance e a inversão *ope legis* do ônus da prova. Proposições conclusivas. Referências bibliográficas.

Introdução

Entre os temas que maior interesse despertam aos estudiosos da responsabilidade civil, certamente o nexa causal ocupa um papel de destaque. Estabelecer com a necessária segurança a relação causal que deve ser verificada entre o dano suportado pela vítima e a conduta comissiva ou omissiva do agente causador desafia a reflexão de juristas

¹ Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Especialista em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Professor titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de Sorocaba. Professor dos cursos de especialização em Direito do Consumidor, Direito Civil e Direito Processual Civil da EPM. Coordenador dos cursos de especialização em Direito Civil e Direito do Consumidor da EPM/Sorocaba. Palestrante na PUC/SP-COGAE, EPM e FDSBC. Professor assistente ao Professor Doutor Renan Lotufo nos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Civil na PUC/SP (2011/2012). Coordenador e autor de obras e artigos jurídicos.

ao longo dos séculos. O *nexo de causalidade*, como cediço, notadamente em um ambiente marcado pela responsabilidade civil sem culpa (a objetivação da responsabilidade civil própria das relações de consumo, entre outros ambientes) não é o único fator de vinculação pela ordem jurídica do agente àquele que suporta a lesão a ser reparada. Basta recordar, por exemplo, as hipóteses de responsabilidade civil por fato de terceiro e por fato da coisa, ainda no ambiente da responsabilidade civil subjetiva no regime do Código Civil de 1916, situações nas quais não se observa um nexo de causalidade propriamente dito, mas, sim, um chamado *nexo de imputação* delineado pela própria ordem jurídica (e não pela causalidade natural), com o que se satisfaz a ciência do Direito.

O objetivo da reflexão é revolver alguns temas analisados em artigo de nossa autoria escrito que versou a respeito das hipóteses de não incidência do dever de indenizar no Direito Público². Naquele momento, a questão foi analisada sob a ótica da responsabilidade civil do Estado propriamente dita e as suas hipóteses de não incidência. Ao ensejo, consignamos o agradecimento pela gentil acolhida da essência das ideias naquele momento sustentadas e examinadas nos textos dos ilustres magistrados Adriana Tayano Fanton Furukawa, no seu artigo intitulado “Responsabilidade civil contratual no transporte aéreo: hipóteses de não incidência à luz do Código de Defesa do Consumidor” e por Danilo Fadel de Castro, no seu trabalho “A não incidência da responsabilidade civil médica e o CDC”, ambos constantes desta obra coletiva que vem a público nos vinte e cinco anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor. A profícua reflexão com os colegas a respeito do fenômeno da não incidência da responsabilidade civil no plano do CDC fez revelar a conveniência de agora trilhar, uma vez mais, os passos antes iniciados. No presente ensaio, contudo, o foco de nossa abordagem é distinto: partindo de uma mesma fundamentação dogmática, a perspectiva que se pretende estabelecer é no sentido de observar em que medida as hipóteses de não incidência do dever de indenizar agem especificamente nas relações de consumo, designadamente à luz de uma contemporânea compreensão jurisprudencial e doutrinária do que se estabelece entre os chamados casos fortuito interno e externo, bem como refletir a respeito da chamada inversão legal do ônus da prova.

² Para a análise em maior profundidade dos temas ora apresentados, ver: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de não-incidência da responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 295-339.

Em um primeiro momento, analisaremos o nexa causal como um elemento de fixação do dever de indenizar. Ao depois, passaremos à crítica da consagrada nomenclatura “hipóteses excludentes de responsabilidade civil”, no que particularmente se propõe a substituição por “hipóteses de não incidência do dever de indenizar”, a qual nos parece afigurar cientificamente mais apropriada. Na sequência, trataremos especificamente do caso fortuito como uma dentre as hipóteses de não incidência da obrigação de indenizar, passando pela consequência jurídica (se houver) da inexistência de indicação expressa do caso fortuito/força maior do rol previsto nos parágrafos 3º dos artigos 12 (responsabilidade pelo fato do produto) e 14 do CDC (responsabilidade pelo fato do serviço), com final reflexão a respeito da chamada inversão *ope legis* do ônus da prova.

1. O nexa causal como elemento de fixação do dever de indenizar

O Código de Defesa do Consumidor, exceto na hipótese de responsabilidade civil dos profissionais liberais prevista no parágrafo 4º do seu artigo 14, adota um sistema de objetivação da responsabilidade civil. Vale dizer, a fixação do dever de indenizar em tais relações jurídicas independe da prova de dolo ou de culpa por parte do agente causador do dano ou por ele responsável. A responsabilidade civil sem culpa, aliás, é também admitida em outras situações de nosso sistema jurídico, como se vê, por exemplo, em se tratando de responsabilidade civil do Estado (a teor do que estabelece a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 37, § 6º, que adota a teoria do risco administrativo), ou nas situações previstas no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (cláusula geral de responsabilidade civil por risco da atividade), assim como no artigo 931 do mesmo diploma, segundo o qual “ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”.

Particularmente nas relações de consumo, a objetivação da responsabilidade civil ganha contornos próprios. Deriva em especial da teoria do risco da atividade do fornecedor. Como anotam Francisco Eduardo Loureiro e Hamid Charaf Bdine Junior³, a empresa que na sua

³ LOUREIRO, Francisco Eduardo Loureiro; BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil por conta corrente inativa. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 435-436.

organização causa danos aos consumidores com certa regularidade, deve assumir o risco de tais fatos e deve reconhecê-los como um custo no processo de produção de bens ou de prestação de serviços. Como destacam os autores, “em uma sociedade de produção de bens e serviços em massa, os defeitos acontecem inevitavelmente, são previsíveis, evitáveis e estão quantificados em probabilidades. Acabam sendo encarados com metas de erros que geram danos assumidos como risco do negócio”. A consequência dos danos produzidos pelos fornecedores em uma sociedade de consumo é certa: os riscos criados pelos fornecedores, anotam, na busca de um proveito econômico (o qual não será repartido socialmente, mas, como regra, retido pelos próprios fornecedores), gerando os efetivos prejuízos aos consumidores, implica em uma verdadeira socialização das perdas entre os próprios consumidores em um sistema econômico cuja base se sustenta sob um amplo regime de securitização. Vale dizer, a empresa que no âmbito de sua organização causa danos com certa regularidade, assume o consequente risco de danos gerar e os *suporta* (melhor, dilui) em um componente (o prêmio do contrato de seguro de responsabilidade civil) no processo de precificação dos produtos e serviços.

No que interessa a este ensaio, é certo que a despeito de o sistema jurídico admitir a possibilidade de se fixar a obrigação de reparar os danos causados independentemente de dolo ou culpa do agente em determinadas hipóteses (como nas relações de consumo, por certo), nem sempre há a obrigação de reparar os danos. Especificamente nas relações de consumo, o dever de recompor os prejuízos causados aos consumidores somente tem lugar em razão e por força de comportamentos danosos causados pelos fornecedores ou por seus agentes envolvidos em uma mesma cadeia de consumo, nas hipóteses em que a vítima não tenha concorrido decisivamente para o dano (culpa exclusiva da vítima) e quando não fora terceira pessoa a responsável por sua ocorrência (fato exclusivo de terceiro). Compete ao fornecedor, é verdade, a prova de que o dano/defeito inexistente, situação em que igualmente não há falar em dever de indenizar. O inciso I do parágrafo 3o do artigo 12 do CDC estabelece igualmente que não há dever de indenizar quando prova houver (cujo ônus pesará sobre o fornecedor) de que ele não colocou o produto no mercado de consumo. Nada refere o legislador consumerista a respeito do caso fortuito e força maior. Assim agindo, seria possível responsabilizá-lo em tais situações? A resposta, a nosso ver, adiante-se, independentemente da falta de expressa previsão legal, é negativa: não responde o fornecedor pelos danos evidenciados nas situações de caso fortuito (externo) e força maior.

A compreensão do fundamento que afasta o dever de indenizar nas situações em que se observam o dano e o ilícito perpetrado pelo fornecedor exige do intérprete a análise do nexu causal. É dizer, não sendo demonstrado o vínculo causal, a nosso ver, há a chamada pré-exclusão da responsabilidade indenizatória. Seja qual for o fundamento invocado para sustentar a objetivação da responsabilidade civil, o fato é que se coloca como um pressuposto primário da determinação da responsabilidade do fornecedor a existência de um nexu de causalidade (ou de imputação jurídica) entre a atuação ou a omissão do fornecedor ou dos seus agentes a ele vinculados na cadeia de consumo e o prejuízo experimentado pelo consumidor. Como anota Yussef Said Cahali⁴, trata-se de uma questão de fato a ser investigada em cada caso concreto. Uma vez identificado o referido nexu, surge a obrigação de indenizar. De outro lado, se não for determinado tal liame, diz, é descabida a responsabilização civil. Nem sempre, contudo, tal nexu de causalidade entre a conduta e o evento danoso é dotado de nitidez. Isso pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses de responsabilidade civil do fornecedor por atos omissivos. Nesse caso, é necessário ao intérprete aferir se a omissão do fornecedor fora ilícita e se fez suficientemente idônea para causar por si só o dano suportado pelo consumidor.

Na seara do Direito Público, referindo especificamente à responsabilidade civil do Estado (e sem que se esqueça de que pode ao Estado ser aplicado o regime jurídico de fornecedor de serviços públicos, por exemplo, situação na qual há duplo fundamento para a objetivação da responsabilidade civil), Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que o Estado somente se exime de responder se faltar o nexu entre o seu comportamento comissivo e o dano: “exime-se apenas se não produziu a lesão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo para a eclosão do dano. Fora daí, responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostos da responsabilidade objetiva, não há evasão possível.”⁵

A respeito do nexu causal, especialmente esclarecedora é a lição de Agostinho Alvim⁶:

⁴ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*, cit., p. 44.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 588.

⁶ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 298-299.

Há no mundo externo tantos sujeitos de direito quantas são as pessoas existentes, assim como há inumeráveis coisas, ou, mais propriamente, bens, que podem ser objeto de direito patrimonial, a saber, tudo o que seja suscetível de apropriação [...]. Todavia, só se pode cogitar, concretamente, da existência de um direito de esfera patrimonial quando se estabelece um vínculo jurídico, uma relação entre certa pessoa e certo bem, como é elementar e PICARD o assinala, ao fazer a anatomia de um direito [...]. Do mesmo modo, inúmeros são os danos que todos os dias atingem o patrimônio destas ou daquelas pessoas. Mas, a consideração abstrata das pessoas, que podem causar dano, bem como a dos danos ou prejuízos causados, só nos conduz à ideia de dano ressarcível, quando haja possibilidade de estabelecer uma relação entre certa infração, cometida por alguém, e o dano, que daí se originou. O dano só pode gerar responsabilidade quando seja possível estabelecer um nexos causal entre ele e o seu autor, ou, como diz SAVATIER, um dano só produz responsabilidade, quando ele tem por causa uma falta cometida ou um risco legalmente sancionado [...]. Restringindo-nos à matéria contratual, diremos que só se pode cogitar de dano ressarcível, quando seja possível estabelecer uma relação de causa e efeito entre a inexecução da obrigação e o prejuízo.

Como ensina Francisco Amaral, o nexos causal é uma relação de causa e efeito entre o fato e o dano. É o elemento essencial para o dever de indenizar, diz, porque somente há responsabilidade civil se houver nexos causal entre o dano e o seu autor, independentemente de culpa do agente. Pesquisar a origem do dano é tarefa por vezes árdua, destaca. Podem surgir várias causas concomitantes produzindo um só dano, assim como podem surgir causas sucessivas produzindo vários danos, alerta Francisco Amaral. Justamente por isso há diversas teorias a respeito da causalidade, merecendo destaque as teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e da causalidade imediata, registra. Segundo o autor, a teoria da causalidade imediata é a adotada por nosso Direito em matéria de responsabilidade civil. É preciso que exista entre o ato lesivo e o dano uma relação de causa e efeito direta e imediata, como estabelece o artigo 403 do Código Civil, anota. Nas

suas palavras, “considera-se causa do dano o fato que deriva mais proximamente. Imediatamente (sem intervalo) e diretamente (sem intermediário)”⁷. Diante de todo o exposto, reclama o dever de indenizar uma relação de causa e efeito entre a atividade do fornecedor e o dano suportado pelo consumidor - nexos de causalidade (excetuadas, por certo, as hipóteses de responsabilidade civil pelo fato de terceiro, pelo fato da coisa ou por incidência da cláusula geral de risco da atividade, situações marcadas pelo chamado nexos de imputação da obrigação de indenizar). Como regra, sem essa relação causal, anota Sérgio Cavalieri Filho, “não há como e nem por que responsabilizá-lo”⁸.

2. Crítica à nomenclatura “hipóteses excludentes de responsabilidade civil” (a proposta de substituição por “hipóteses de não incidência do dever de indenizar”)

Quando se responde independentemente de qualquer atuação culposa (isto é, na responsabilidade civil sem culpa), leciona Fernando Noronha, somente é possível eximir-se da obrigação de indenizar se os danos não tiverem sido causados pela pessoa, nem por terceiro dela dependente, “nem por coisa de que seja detentora”⁹. As principais causas de não incidência do dever de indenizar são as que excluem o nexos causal: o caso fortuito/força maior (Código Civil, artigo 393, parágrafo único), o fato de terceiro e o fato exclusivo da vítima (no caso, o consumidor). A nosso ver, a despeito da ampla aceitação no meio jurídico da nomenclatura, a expressão *causas excludentes* de responsabilidade civil não nos parece ser a mais apropriada. A designação correta, a nosso ver, seria *hipóteses de não incidência* do dever de indenizar. Analisaremos doravante a sustentação teórica dessa afirmação. A “não incidência” é uma hipótese diversa daquela de mera exclusão de responsabilidade civil. Diante da situação de não incidência, o fato é que não chega efetivamente a existir, em momento algum, um dever de indenizar por parte do agente (fornecedor) precisamente naquelas circunstâncias fáticas. A locução *excludentes* pode fazer erroneamente supor que a hipótese de responsabilização civil do fornecedor veio a ocorrer e, somente depois, por um segundo ato (ou fato) jurídico, foi

⁷ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*, cit., p. 542.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, cit., p. 228.

⁹ NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, cit., p. 521.

identificado um obstáculo para a condenação/reparação civil do fornecedor. Não é o que ocorre, contudo, no plano da ciência do Direito.

Os estudiosos do Direito tributário fornecem elementos valiosos para desenvolver o raciocínio que se quer estabelecer. José Souto Maior Borges¹⁰, em primeiro lugar, enfatiza que a incidência e a não incidência são da essência de toda norma jurídica. É aquilo que sem o que a norma deixa de ser o que é. Nas suas palavras, sem a incidência, a norma deixa de ser “um dever ser normativo, o seu modo de ser e aparecer”. Esclarece: “incidência e não incidência são a ponte lógica implicacional entre a previsão normativa (hipótese de incidência) e o fato normado, o suporte fático da norma [...]. A incidência é, portanto, condição de possibilidade de produção de efeitos jurídicos; de instauração de relação obrigacional entre o fisco e o contribuinte. [...]” De seu turno, Roque Antonio Carraza recorre à lei de isenção tributária para preceituar: “a lei de isenção, no momento em que surge, já retirou do campo de incidência determinados fatos; a obrigação tributária não chega a nascer, pois a lei de isenção suprimiu determinadas situações do campo da tributação. A norma de isenção, impedindo o nascimento da obrigação tributária para o seu beneficiário, produz o que Sainz de Bujanda denominou de *fato gerador isento*”¹¹. Por força de uma necessária analogia que se estabelece com a responsabilidade civil, é possível dizer que as hipóteses previstas nos parágrafos 3º dos artigos 12 e 14 do CDC (aliadas ao caso fortuito e à força maior) fazem nascer um mesmo *fato gerador isento* do dever de indenizar. Trata-se de um fato essencialmente distinto do fato gerador da situação indenitária.

Explica José Souto Maior Borges¹²:

Partindo-se da constatação que nas hipóteses de não-incidência o tributo não é devido porque não chega a surgir a própria obrigação tributária, procura-se distingui-la da isenção, hipótese em que o tributo seria devido porque existiria a obrigação, mas a lei dispensaria o seu pagamento. [...]. Ocorre não-incidência quando os requisitos previstos na lei tributária não se verificam concretamente, de modo que não surge para o contribuinte a obrigação tributária.

¹⁰ BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*, cit., p. 140-141.

¹¹ CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, cit., p. 446.

¹² BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*, cit., p. 183-184.

[...] Não-incidência é conceito correlacionado com o de incidência. Ocorre incidência da lei tributária quando determinada pessoa ou coisa se encontra dentro do campo coberto pela tributação; dá-se não-incidência, diversamente, quando determinada coisa ou pessoa se encontra fora do campo de incidência da regra jurídica de tributação.

É necessário aprofundar-se no fenômeno da não incidência. Segundo Alfredo Augusto Becker, a regra jurídica é um instrumento criado pelo homem para prever e para impor um “determinismo artificial ao comportamento (fazer ou não fazer) dos homens”. A criação da regra jurídica, diz, é um fato. A existência da regra jurídica com a sua estrutura lógica (a regra de conduta e a hipótese de incidência), diz, é outro fato. E a realização da hipótese de incidência de consiste em um terceiro fato, diz¹³. Toda vez que ocorrem fatos que realizam a hipótese de incidência de uma regra jurídica, incide uma norma sobre a hipótese de incidência. O efeito dessa incidência consiste precisamente na irradiação da relação jurídica. Refere o autor em estudo ser a incidência jurídica o acontecimento de tal ou de tais fatos que realizam a hipótese de incidência da regra jurídica, no que lhe interessa, especificamente, da regra de tributação. Por outro lado, diz, em se tratando de isenção tributária, por exemplo, continua Becker, há casos de não incidência da regra jurídica por meio dos quais “o acontecimento deste ou daqueles fatos são insuficientes, excedentes ou simplesmente estranhos para a realização da hipótese de incidência da regra jurídica de tributação.”¹⁴

Observe-se a lição de Alfredo Augusto Becker¹⁵:

Poderia parecer que esta regra jurídica tributária que estabelece a isenção do tributo estaria estruturada como regra desjuridicizante total, isto é, haveria uma anterior relação jurídica tributária atribuindo ao sujeito passivo a obrigação de pagar o tributo; a incidência da regra jurídica de isenção teria como conseqüência o desfazimento daquela preexistente relação jurídica tributária. [...]

¹³ BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, cit., p. 271.

¹⁴ Idem, p. 275.

¹⁵ Idem, p. 276, destaques nossos.

Na verdade, não existe aquela anterior relação jurídica e respectiva obrigação tributária que seriam desfeitas pela incidência da regra jurídica de isenção. Para que pudesse existir aquela anterior relação jurídica tributária, seria indispensável que, antes da incidência da regra jurídica de isenção, houvesse ocorrido a incidência da norma jurídica de tributação. Porém, esta nunca chegou a incidir, porque faltou, ou excedeu, um dos elementos de composição da sua hipótese de incidência, sem o qual ou a qual ela não se realiza. Ora, aquele elemento faltante ou excedente é justamente o elemento que, entrando na composição da hipótese de incidência da regra jurídica de isenção, permitiu diferenciá-la da regra jurídica de tributação, de modo que aquele elemento sempre realizará uma única hipótese de incidência: a de isenção, e desencadeará uma única incidência: a da regra jurídica de isenção, cujo efeito jurídico é negar existência de relação jurídica tributária. A regra jurídica de isenção incide para que a de tributação não possa incidir. A regra jurídica que prescreve isenção, em última análise, consiste na formulação negativa da regra jurídica que estabelece a tributação.

Dito por outras palavras, na tentativa de tornar as ideias ora expostas mais claras, recorremos às lições de Renan Lotufo¹⁶ e Ragner Limongeli Vianna. Segundo Vianna, para que exista uma obrigação de reparação de danos, é necessário que ocorra o fenômeno da incidência jurídica. É dizer, é preciso que o fato ocorrido em relação ao qual se examine se nasceu a obrigação de reparação de danos se subsuma à hipótese normativa de incidência. Isto é, quando não há o enquadramento entre o fato e a hipótese normativa, esclarece Vianna, não há o dever de reparar os danos. Há circunstâncias que podem impedir tal “enquadramento”, destaca, conquanto do fato aparentemente possa resultar a obrigação reparatória. “Dessas circunstâncias, algumas são consideradas expressamente por disposição de lei; outras têm seus efeitos reconhecidos no sistema jurídico por doutrina e jurisprudência.

¹⁶ LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*, cit., p. 439.

A relevância do estudo dessas circunstâncias está em que elas podem impedir per se o nascimento da relação obrigacional reparatória. Não fosse a sua presença e haveria a obrigação de reparar. [...]”¹⁷.

Esclarece Ragner Limongeli Vianna¹⁸:

Havendo inadimplência contratual ou infringência legal, poderá nascer a relação jurídica, cuja qual costumamos denominar obrigação de reparação de danos. Nessa relação jurídica, temos, de um lado, na qualidade de sujeito ativo, aquele que tem o direito subjetivo de exigir a prestação da indenização, e, de outro lado, na qualidade de sujeito passivo, aquele que tem o dever jurídico de prestá-la. Desse último, usualmente, diz-se ser o responsável ou o responsável civil. Não obstante, é insuficiente o não-cumprimento de obrigação negocial, a violação do dever jurídico ou o enquadramento legal em hipótese objetiva (além do dano e do nexo causal) para que tenha nascimento outra obrigação, esta reparatória. Necessário é, como foi dito, o enquadramento integral entre fato e hipótese normativa, razão pela qual é fundamental que não haja causas ou cláusulas de exclusão de reparação de danos. Assim, quando pensamos na chamada excludente da reparação de danos usualmente denominada caso fortuito, havemos de notar que a inexecução da obrigação se dá por incidência de um fato necessário, com características específicas, não gerando obrigação de reparação, ainda que danos tenham ocorrido.

Em suma, nas causas de não incidência do dever de indenizar, o fato é que não se estabelece em momento algum uma obrigação de reparação civil de danos. Não se há falar, portanto, como anota Vianna, que há a existência posterior de uma causa justificadora do inadimplemento de uma obrigação pretérita, a qual atinge a obrigação

¹⁷ VIANNA, Ragner Limongeli. *Causas e cláusulas ou convenções de impedimento de formação ou de exclusão da obrigação de reparação de danos*, cit., p. 10.

¹⁸ Idem, p. 11-12.

reparatória e assim a desfaz. Realmente, não é disso que se está a tratar na situação em que não se estabelece o nexu causal. Jamais se estabeleceu o nexu causal nas hipóteses de fato exclusivo da vítima, de terceiro ou no caso fortuito externo. No contexto em foco, a relação jurídica justificadora da indenização nunca existiu entre o fornecedor e o consumidor. Jamais chegou a constituir-se. Não ocorreu, em momento algum, o fenômeno da subsunção. Como alerta Vianna, ocorrido o fato nas circunstâncias em destaque, a reparação não será levada a efeito; “temos que à relação jurídica de obrigação reparatória dá-se o nome de responsabilidade civil. A estas circunstâncias que impedem o seu nascimento ou sua exigência, consideradas em seu conjunto, dá-se o nome de causas e cláusulas de exclusão de responsabilidade civil. [...]”¹⁹ Em tais casos, diga-se uma vez mais, não há (e nunca houve) um fato jurídico que subjaz sob a norma para fixar a responsabilidade civil do fornecedor, precisamente em virtude de não ter aqui havido a fixação de um vínculo obrigacional indenitário. É dizer, quando não se estabelece o nexu causal, evidencia-se uma impossibilidade absoluta de exigência do pagamento de indenização pela própria e exata não ocorrência do fato descrito no antecedente da regra que autoriza a responsabilização civil.

3. A ausência de indicação de caso fortuito como hipótese de não incidência de responsabilidade civil nos artigos 12 e 14 do CDC e suas consequências

O parágrafo único do artigo 393 do Código Civil Brasileiro afirma que “o caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. Em primeiro lugar, vale observar que não há na lei civil ou consumerista distinção entre as duas figuras. Contudo, sinônimas não são²⁰. O caso fortuito representa o ato ou o fato estranho à vontade das partes, tais como greves, guerras e revoluções intestinas. A força maior é expressão reservada aos fenômenos naturais, tais como raios, tempestades e outras catástrofes naturais. Divergem com veemência os autores a esse respeito, entretanto. Para os

¹⁹ VIANNA, Ragner Limongeli. *Causas e cláusulas ou convenções de impedimento de formação ou de exclusão da obrigação de reparação de danos*, cit., p. 12.

²⁰ A respeito da sinonímia entre o caso fortuito e a força maior, v. ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, cit., p. 289-290.

propósitos deste ensaio, merecem especial reflexão os elementos constitutivos do caso fortuito. Como refere Arnaldo Medeiros da Fonseca, há dois elementos indispensáveis para sua caracterização. O primeiro elemento do caso fortuito é interno e de ordem objetiva: a inevitabilidade ou a impossibilidade de impedir ou de resistir ao acontecimento objetivamente considerado tendo em vista as possibilidades humanas. O outro elemento do caso fortuito, agora de ordem externa, ensina, é de natureza subjetiva: a ausência de culpa²¹. A propósito, ensina José de Aguiar Dias²² que o próprio conceito de caso fortuito é mutável; “não há acontecimentos que possam *a priori* ser sempre considerados casos fortuitos; tudo depende das condições de fato em que se verifique o evento. O que hoje é caso fortuito, amanhã deixará de sê-lo, em virtude do progresso da ciência ou da maior previdência humana”.

O papel desempenhado pelo fator *imprevisibilidade* na causa de não incidência do dever de indenizar, em estudo, merece destaque. Como pontifica Arnaldo Medeiros da Fonseca, a imprevisibilidade do acontecimento, o seu “modo súbito e inesperado”, pode ser “a razão determinante de sua inevitabilidade”. Em outras oportunidades, contudo, adverte ele, a irresistibilidade própria de cada evento é que o torna inevitável. Entretanto, diz, sempre há de estar presente a impossibilidade de impedi-lo para que se possa afirmar como caso fortuito, “pois ninguém se acautela contra o imprevisível”. Desse modo, é fácil concluir ser a *inevitabilidade* (e não a imprevisibilidade) “a condição objetiva fundamental exigida para a caracterização do caso fortuito”²³. Dito por outras palavras, há certos acontecimentos que são previsíveis, mas, a despeito disso, continuam inevitáveis. Sendo assim, precisamente por força dessa inevitabilidade (e não da imprevisibilidade do evento) se caracterizam como hipóteses de não incidência do dever de indenizar. Na síntese de Hamid Charaf Bdine Junior, “a característica mais importante dessas excludentes é a inevitabilidade, isto é, a impossibilidade de serem evitadas pelas forças humanas. Os requisitos para a configuração do caso fortuito ou da força maior são os seguintes: o fato deve ser necessário e não determinado por culpa do devedor; o fato deve ser superveniente e inevitável; o fato deve ser irresistível – fora do alcance do poder humano.”²⁴

²¹ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, cit., p. 147.

²² DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, cit., p. 936.

²³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*, cit., p. 149.

²⁴ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado. Doutrina e jurisprudência*, cit., p. 282.

Nas hipóteses de caso fortuito externo e força maior nas relações de consumo, desaparece (ou melhor, não se estabelece jamais) o nexos causal entre a conduta do fornecedor e o dano verificado pelo consumidor, de modo que não há obrigação de indenizar, ao menos como regra. É bem verdade que não há previsão normativa expressa de tais institutos como obstativos da responsabilidade civil nas relações consumeristas, a teor do quanto disposto nos §§ 3º dos artigos 12 e 14 do CDC, que se pautam pela responsabilidade civil objetiva. Como bem observado por Hamid Charaf Bdine Junior²⁵, em tais hipóteses, não há a exclusão de responsabilidade civil, mas, sim, a não incidência da regra impositiva do dever de indenizar ao caso concreto. Como visto, nem mesmo nos casos de responsabilidade civil objetiva se pode legitimamente afastar a exigência de nexos causal como um de seus elementos caracterizadores.

Desperta acirrada polêmica a tese de taxatividade das eximentes de responsabilidade civil no CDC, na expressão de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino²⁶. Os artigos 12, parágrafo 3º, e 14, parágrafo 3º, ambos da Lei Federal n. 8.078/90 (CDC) estabelecem que o fornecedor “só não será responsabilizado, quando provar” as situações neles indicadas, destaca. O advérbio só fez com que parte de autorizada doutrina afirmasse que o CDC pretendeu conferir maior proteção ao consumidor e, justamente por isto, restringiu os fatos que podem ser alegados com a finalidade de afastar o dever de indenizar. Anota Sanseverino, a propósito, que a mesma omissão do caso fortuito/força maior ocorreu no direito comunitário europeu a respeito das causas de exclusão de responsabilidade do produtor, consoante estabelece o artigo 7º da Diretiva n. 85/374/CEE. Na doutrina especializada, destaca Sanseverino a posição de João Calvão da Silva, certamente uma das maiores autoridades em responsabilidade civil do produtor, que afirma textualmente ser possível a invocação de tais causas (notadamente se reconhecidas pelo ordenamento dos Estados-Membros) seguindo a tradição de oponibilidade de força maior (conceito no qual se insere o de caso fortuito). No Direito brasileiro, contudo, autores de revelo afirmam que o rol em questão corresponde ao chamado *numerus clausus*, de modo que se está diante de um rol exaustivo de causas de exoneração de responsabilidade civil, como acentua, por exemplo, o eminente Nelson Nery

²⁵ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado. Doutrina e jurisprudência*, cit., p. 282.

²⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, cit., p. 312-315.

Junior. Dissente-se de tal posição, na linha sustentada por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. A nosso ver, há que se admitir a incidência do caso fortuito e da força maior para os fins em questão. Conquanto seja realmente protetivo o regime dispensado pelo CDC em relação ao consumidor vulnerável, o nosso sistema não fez adotar, adverte ele, um regime de objetivação da responsabilidade pelo risco integral, “não sendo intenção do legislador elevar-se a responsabilidade a patamares absurdos”, anota. Tais situações, como destacado, agem as causas diretamente nonexo causal, que, a nosso ver, como sublinhado, jamais chega a estabelecer-se entre a conduta do fornecedor e o dano suportado pelo consumidor.

Na lição de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino²⁷:

Existem situações concretas em que acontecimentos externos relevantes interferem na relação de causalidade estabelecida entre o produto ou o serviço e o dano que cortam o nexode causalidade e que não podem ser desprezadas pelo juiz. Por isso, devem-se admitir outras causas de exclusão de responsabilidade que se mostram compatíveis com o sistema de responsabilidade civil adotado pelo CDC, inclusive o caso fortuito e a força maior.

Sendo assim, o fato de o legislador não haver previsto expressamente o caso fortuito e a força maior como hipóteses de não incidência do dever de indenizar não afasta a sua verificação também nas relações consumeristas. A nosso ver, precisamente porque se está diante de uma hipótese em que a obrigação de indenizar jamais se formou, não há necessidade de sua prefixação pelo legislador ordinário como se fosse condição para incidência nas relações regidas pelo CDC. Nesse sentido, é a orientação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Precisamente em se tratando do chamado fortuito externo, sedimentou o STJ o entendimento de que, por exemplo, “a ocorrência de delito (roubo) a clientes de tal estabelecimento, não traduz, em regra, evento inserido no âmbito da prestação específica do comerciante, cuidando-se de caso fortuito externo, ensejando-se, por conseguinte, a exclusão

²⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*, cit., p. 315.

de sua responsabilidade pelo lamentável incidente”, assentando igualmente que “a prevenção de delitos é, em última análise, da autoridade pública competente. É, pois, dever do Estado, a proteção da sociedade, nos termos do que preconiza o artigo 144, da Constituição da República”²⁸. Nos casos típicos de fortuito externo, tratando-se ou não de relação consumerista, não se estabelece o nexo causal. Assim, em momento nenhum, há se estabelecer o dever de indenizar.

4. O caso fortuito: a delimitação do seu alcance e a inversão *ope legis* do ônus da prova

Nas relações de consumo, a doutrina e a jurisprudência distinguem com nitidez os chamados fortuito interno e externo. O primeiro, como é cediço, interno, não infirma o nexo causal. Assim, não impõe a não incidência do dever de indenizar. Há a responsabilização civil do fornecedor. O segundo (o fortuito externo), ao reverso, ainda que se esteja a tratar de uma relação pautada pelo CDC, afasta a responsabilidade do fornecedor e dos demais que à sua situação jurídica aderem na cadeia de consumo de produção massiva. Na nossa tradição jurídica, três categorias fundamentais irrompem o nexo causal: o caso fortuito/força maior, a culpa (fato) exclusiva da vítima e a culpa (fato) de terceiro. Segundo Anderson Schreiber²⁹, a jurisprudência contemporânea tem gradualmente relativizado o poder excludente de tais fatores. Observa-se a absorção desses elementos pela cadeia causal deflagrada pelo responsável. Assume destaque, nesse panorama, a teoria do caso fortuito interno. Tal perspectiva autoriza a incidência da responsabilidade civil do fornecedor por atos que, conquanto possam ser imprevisíveis e irresistíveis, verificam-se em um momento anterior ao de colocação do produto ou da prestação do serviço no mercado de consumo. O caso fortuito interno, anota Schreiber, tem sido considerado insuficiente para a não incidência do dever de indenizar. Não rompe, portanto, o nexo causal entre a atividade desenvolvida e o dano suportado mesmo quando for imprevisível e irresistível. Nas palavras do autor em questão, “aos tradicionais requisitos da imprevisibilidade

²⁸ STJ, REsp. 1243970/SE, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, DJe 10/05/2012

²⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos riscos*, cit., p. 66-67.

e irresistibilidade do caso fortuito, tem-se acrescentado essa terceira exigência – a externalidade ou externalidade do caso fortuito – sem o qual se conserva a responsabilidade. Os tribunais brasileiros têm, reiteradamente, acolhido o conceito de fortuito interno como não-excludente da causalidade³⁰.

A exacerbação das fronteiras do dever de indenizar não deixa de ser alvo de críticas da doutrina, como enfatiza Anderson Schreiber³¹:

Os Tribunais brasileiros têm, reiteradamente, acolhido o conceito de fortuito interno como não excludente de causalidade. E têm mesmo aplicado a noção a situações cuja internalidade à atividade é duvidosa. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, já considerou como fortuito interno da atividade bancária o assalto com roubo de bens materiais mantidos em cofre alugado, condenando a instituição financeira a ressarcir o cliente. A mesma corte entendeu haver fortuito interno na situação de empresa de financiamento que promove abertura de crédito em nome de outrem com utilização de documentação falsa, condenando ao dever de indenizar a empresa que, com base em tal documentação, inscreve o nome do suposto devedor no Serviço de Proteção ao Crédito. Decisões como esta demonstram, à parte outras tantas conclusões merecedoras de análise, que a invocação do fortuito interno não se baseia tanto em uma qualificação cientificamente rígida, porque tormentosa, de um acontecimento como externo ou interno à certa atividade. Nem mesmo a previsibilidade ou resistibilidade têm desempenhado nesta análise um papel tão decisivo. O juízo acerca da incidência ou não da figura do fortuito interno parece, antes, vinculado à do risco e de sua imputação a certo sujeito que desenvolve uma atividade potencialmente lesiva. Daí ser o fortuito interno noção recorrente em relações regidas pela responsabilidade objetiva, mas elemento tecnicamente

³⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos riscos, cit., p. 67-68.

³¹ *Idem*, 69.

estranho à seara da responsabilidade subjetiva, onde a simples imprevisibilidade é considerada suficiente para desconfigurar o ilícito.

Como verificado, o caso fortuito interno é o que se insere na linha de desdobramento natural da atividade desenvolvida pelo fornecedor. A sua tão-só ocorrência não é capaz de eliminar o nexu causal. Na sua identificação, permanece o fornecedor obrigado a indenizar o consumidor³². Consiste em um risco ligado à própria atividade do sujeito responsável, de modo que se afigura insuficiente para afastar a relação causal entre a atividade do agente responsável (fornecedor) e o dano suportado pela vítima (consumidor), ainda que se esteja a tratar de um imprevisível e irresistível. É dizer, o fortuito interno reside na própria atividade desenvolvida pelo fornecedor e a sua ocorrência não elimina o nexu causal³³. Farta é a jurisprudência do STJ a seu respeito: em acidente ocorrido com um aluno durante excursão organizada pelo colégio, entendeu o STJ tratar-se de caso fortuito interno na prestação do serviço, de modo que permaneceu estabelecida a responsabilidade do fornecedor; “tendo o fato relação com os próprios riscos da atividade, não ocorre o rompimento do nexu causal³⁴. Afirmou o STJ em outra oportunidade que “há responsabilidade da instituição bancária atrelada ao risco da própria atividade econômica que exerce pela entrega de talão de cheques a terceiro que, mediante fraude, abriu conta bancária em nome do recorrido, dando causa, com isso e com a devolução do cheque emitido por falta de fundos, à indevida inclusão do nome do autor em órgão de restrição ao crédito”, o que, diz, revela o caso fortuito interno³⁵. No mesmo sentido, decidiu a Corte Superior que “o roubo do talonário de cheques durante o transporte por empresa contratada pelo banco não constituiu causa excludente da sua responsabilidade, pois se trata de caso fortuito interno. Se o banco envia talões de cheques para seus clientes por intermédio de empresa terceirizada deve assumir todos os riscos com tal atividade”. Acrescentou o STJ nesse caso que “o ônus da prova das excludentes da responsabilidade do fornecedor de

³² ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*, cit., p. 290-291.

³³ BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado. Doutrina e jurisprudência*, cit., p. 283.

³⁴ STJ, REsp 762.075/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe 29/06/2009.

³⁵ STJ, REsp 774.640/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, Quarta Turma, DJ 05/02/2007.

serviços, previstas no art. 14, § 3º, do CDC, é do fornecedor, por força do art. 12, § 3º, também do CDC”³⁶.

Importante, por fim, analisar a quem recai o ônus da prova do caso fortuito externo. A resposta recai decisivamente sobre o fornecedor. Tal distribuição de ônus da prova independe da inversão estabelecida pelo inciso VIII do artigo 6º do CDC. Nesse ponto, é preciso distinguir a inversão *ope legis* da inversão *ope judicis* (tratada na regra acima destacada e que depende, sim, de verificação dos requisitos previstos na lei pela autoridade judicial). Em se tratando de prova das hipóteses de não incidência de responsabilidade civil, a situação é de inversão do ônus da prova *ope legis*, isto é, decorrente diretamente da lei. Em se tratando de responsabilidade por acidentes de consumo, como anota Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, o legislador atribui expressamente ao fornecedor o ônus de provar todas as causas de não incidência do dever de indenizar, as quais, como dito, foram dispostas nos artigos 12 e 14, §§ 3º, do CDC. É dizer, compete ao fornecedor por determinação legal (e não por inversão a critério da autoridade judicial) a prova do fato exclusivo da vítima, do fato de terceiro ou de que não se colocou o produto no mercado de consumo, em precisa atenção ao que estabelece o inciso II do art. 333 do CPC. Igualmente, impõe o legislador ao fornecedor o ônus de provar a inexistência de defeito do produto ou do serviço, anota Sanseverino, o que dessume de expressa determinação de lei. Pelas mesmas razões, por certo, recai sobre o fornecedor o ônus da prova do caso fortuito externo e força maior.

Nas palavras de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino³⁷:

O motivo é claro (referindo à inversão legal do ônus da prova das hipóteses de não-incidência do dever de indenizar). Historicamente, a proteção efetiva ao consumidor sempre foi dificultada pela necessidade de ele comprovar os fatos constitutivos do seu direito. A vulnerabilidade do consumidor no mercado massificado das relações de consumo em geral constitui um enorme obstáculo para

³⁶ STJ, REsp 685.662/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJ 05/12/2005 p. 323. No mesmo sentido: STJ, REsp. 660.026/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, Quarta Turma, DJ 27/06/2005

³⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 356.

que ele obtenha os elementos de prova necessários à demonstração do seu direito. Em particular, isso é mais grave quando se sabe que essa prova é, via de regra, eminentemente técnica, sendo o fornecedor um especialista na sua área de atuação. Não se deve confundir, porém, essa inversão do ônus probatório por força de lei (*ope legis*) com a inversão por determinação judicial (*ope judicis*).

Decerto, como destaca na doutrina William Santos Ferreira a propósito, “o ônus da prova não regula a prova, mas a falta de prova! O ônus da prova não é regra de distribuição de tarefas processuais; é regra de julgamento”³⁸. Recai sobre o fornecedor o ônus disciplinado pelo inciso II do artigo 333 do CPC a respeito das hipóteses de não incidência do dever de indenizar. Sendo assim, anota com acerto Ferreira, ao estabelecer um regime de responsabilização civil objetiva, o CDC define igualmente que, nos casos de acidente de consumo, o ônus de provar a inexistência denexo causal recai sobre o fornecedor. Trata-se, diz, de uma hipótese em que se opera uma legal (e não judicial) distribuição diversa do ônus da prova (a qual não se ressentir de inconstitucionalidade por si só), à medida que se estabelece a inversão independentemente de modificação ou de determinação judicial de distribuição diversa das regras do ônus da prova (inversão *ope legis*).

Proposições conclusivas

Nos vinte e cinco anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor, a sociedade brasileira muito tem a comemorar em virtude do aprimoramento das relações jurídico-sociais entre os fornecedores e os consumidores. Em significativa parcela, tal evolução se deve à lúcida compreensão da jurisprudência do seu decisivo papel na construção da Ciência do Direito e na implementação do Direito fundamental de efetiva tutela do consumidor, como tal expressamente consagra o inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal vigente. A promessa do

³⁸ FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a “reinversão” nas ações de responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 366.

legislador constituinte de que o Estado protegerá o consumidor vivifica-se, mas muito há ainda a aprimorar na tênue relação de equilíbrio entre a justiça e a eficiência nas trocas econômicas que se há estabelecer na circulação de bens e de serviços em uma sociedade complexa de contratação célere e massiva.

No plano da responsabilidade civil do fornecedor, a adequada compreensão das hipóteses de não incidência do dever de indenizar, o estreitamento do âmbito de reconhecimento das hipóteses de caso fortuito (de modo que as situações de fortuito externo não fiquem à margem da reparação civil de danos) veio ao encontro dos anseios do Direito de danos no terceiro milênio, com matiz preventivo e promocial do desenvolvimento social. No que se procurou desenvolver, neste ensaio, também a compreensão da adequada distribuição legal do ônus da prova dos fatos que excluem o dever de indenizar do fornecedor faz consagrar um sistema processual de eficiência na defesa do vulnerável na sociedade de consumo, de um lado, e garante, de outro lado, a observância a todos os litigantes das exigências do Princípio do devido processo legal. A Magistratura brasileira, a Academia e a sociedade seguem no cumprimento de sua missão protetiva do Direito do Consumidor, em nome da verdadeira realização do tão almejado Princípio constitucional da solidariedade social.

Referências bibliográficas

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. PELUSO, Cesar (Coord.). Barueri: Manole, 2007.
- BORGES, José Souto Maior. *Teoria geral da isenção tributária*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade civil do Estado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello. Hipóteses de não-incidência da responsabilidade civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado: desafios contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado: das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

_____. *Curso avançado de direito civil: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.

LOUREIRO, Francisco Eduardo; BDINE JUNIOR, Hamid Charaf. Responsabilidade civil por conta corrente inativa. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 435-436.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2009.

VIANNA, Ragner Limongeli. *Causas e cláusulas ou convenções de impedimento de formação ou de exclusão da obrigação de reparação de danos*. 159 f. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), São Paulo, 2001.

Dano moral nas relações de consumo. A função preventiva do dano moral no CDC

Cassio Pereira Brisola
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

A atuação na Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de São Roque nos colocou em contato diário com demandas envolvendo relações de consumo e a aplicação da Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nessa rotina, nos deparamos e vivenciamos, diuturnamente, as agruras pelas quais passa o consumidor, bem como a conduta, na maioria das vezes, indiferente dos fornecedores, desmentindo velho adágio popular de que “o consumidor sempre tem razão”.

É corriqueiro que pretensões simples de se resolver transformem-se em ações judiciais, movimentando todo o aparato do Poder Judiciário, revelando a insuficiência ou desprezo pela solução da controvérsia pela via administrativa.

Esse quadro nos perturbava, levando-nos a pensar em meios de se evitar maiores prejuízos aos consumidores, além de desestimular as práticas comerciais abusivas pelos fornecedores, em especial, as pequenas lesões individualmente consideradas, mas com potencial de enriquecer o fornecedor.

Inicialmente, nos debruçamos sobre a ideia do *punitive damages* importado do *civil law*, contudo, como se verá no desenvolver do presente trabalho¹, esta ferramenta é aplicada em situação diversa daquela enfrentada nos autos do processo individual.

¹ O estudo sobre *punitive damages* e suas hipóteses de aplicação serão vistos no capítulo 5 deste trabalho.

Assim, voltamos nossos estudos às funções da responsabilidade civil, observando a evolução da função meramente reparatória de um dano, para a função de prevenir fatos lesivos.

Aliás, a Carta Maior fixa como princípio a proteção do consumidor², enquanto o Código de Defesa do Consumidor prevê como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos³.

Diante dessa ordem de ideias, no sistema de defesa do consumidor não é possível aguardar um fato lesivo para, em seguida, determinar a reparação, sob pena de se descumprir a Constituição e desobedecer à lei, impondo-se, sempre que se verifique a repetição de condutas abusivas que provoquem dano moral, a majoração de sua compensação a título preventivo.

1 – A proteção do consumidor

A proteção do consumidor é o principal objetivo da Lei nº 8.078/90, conforme reconhece Adalberto Pasqualotto⁴, sendo certo que a prevenção do dano é a melhor maneira de alcançá-lo, uma vez que após o fato lesivo resta apenas a reparação⁵.

A prevenção é medida essencial para se evitar danos de difícil reparação ou irreparáveis, como no caso da Talidomida⁶.

Por força das limitações deste trabalho, recomendamos ao leitor o trabalho da Prof^a. Teresa Ancona Lopez sobre o princípio da precaução na responsabilidade civil⁷.

² Artigo 5º, inciso XXXII.

³ Artigo 6º inciso VI.

⁴ RT 666/48.

⁵ A propósito, vale citar a lição de Bruno Miragem ao discorrer sobre o direito à prevenção de danos: "Neste sentido, prevenir significa eliminar ou reduzir, antecipadamente, causas capazes de produzir um determinado resultado. No caso, o direito básico do consumidor à efetiva prevenção de danos indica aos demais destinatários da normas de proteção estabelecidas no CDC uma série de deveres conducentes à eliminação ou redução dos riscos de danos causados aos consumidores, em razão da realidade do mercado de consumo. Tais deveres são determinados basicamente aos fornecedores e ao Estado. Aos primeiros como dever próprio, decorrente da sua condição de agentes econômicos no mercado de consumo. Já com relação ao Estado, tais deveres decorrem da norma constitucional impositiva de promoção da defesa do consumidor" (*Curso de Direito do Consumidor*, RT, p. 204).

⁶ Para maiores informações sobre a Talidomida, indicamos o site da Associação Brasileira dos Portadores da Síndrome da Talidomida: <http://www.talidomida.org.br/oque.asp>.

⁷ Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

Nessa quadra, a responsabilidade civil reveste-se de nova função: a de prevenir danos, revelando-se instrumento essencial para a proteção do consumidor (artigo 6º, inciso VI do CDC).

2 – Responsabilidade civil e suas funções no CDC

A responsabilidade civil, nas palavras de Cavalieri Filho, “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”⁸, sendo certo que no Código de Defesa do Consumidor ela vem “**fundada no dever e segurança do fornecedor** em relação aos produtos e serviços lançados no mercado de consumo, razão pela qual não seria também demasiado afirmar que, a partir dele, a responsabilidade objetiva, que era exceção em nosso Direito, passou a ter um campo de incidência mais vasto do que a própria responsabilidade subjetiva”⁹, concluindo que o Código de Defesa do Consumidor “trouxe à lume uma nova área da responsabilidade civil – a responsabilidade nas relações de consumo –, tão vasta que não haveria nenhum exagero em dizer estar hoje a responsabilidade civil dividida em duas partes: a responsabilidade tradicional e a responsabilidade nas relações de consumo”¹⁰.

Diante desse novo ramo da responsabilidade civil, a primeira indagação que surge seria sobre a sua função¹¹.

Ousamos afirmar que a função da responsabilidade civil no âmbito da defesa do consumidor é, primordialmente, preventiva, diante da determinação de prevenção aos danos no inciso VI do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, pois a melhor forma de se proteger alguém é evitando que o dano ocorra.

⁸ *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

⁹ Op. cit., p. 17.

¹⁰ Op. cit., p. 17.

¹¹ Segundo Nelson Rosenvald a responsabilidade civil teria quatro funções fundamentais: “a) a função de reagir ao ilícito danoso, com a finalidade de reparar o sujeito atingido pela lesão; b) a função de repriminir o lesado ao status quo ante ao qual o lesado se encontrava antes de suportar a ofensa; c) a função de reafirmar o poder sancionatório (ou punitivo) do Estado; d) a função de desestímulo para qualquer pessoa que pretenda desenvolver atividade capaz de causar efeitos prejudiciais a terceiros” Prossegue afirmando que a proeminência de uma função sobre a outra dependerá do período histórico e do ambiente social, destacando que para Guido Alpa “as funções prevalentes no momento atual se reduzem a duas: a compensação da vítima e o desestímulo do ofensor” (*As funções da responsabilidade civil – a reparação e a pena civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 76.).

Thaís Goveia Pascoaloto Venturi entende ser necessária uma releitura das funções da responsabilidade civil frente a evolução da sociedade atualmente, afirmando que:

A superação do paradigma da responsabilidade exclusiva pelo passado e a preocupação com a responsabilidade pelo futuro está na base da construção da responsabilidade civil preventiva, fundamentando-a na medida em que cria renovadas perspectivas de atuação do sistema jurídico, não mais apenas para indenizar danos produzidos por comportamentos pretéritos, mas sobretudo medidas para evitar ou conter práticas passíveis de produzir danos ou fundado risco de danos sociais ou individuais graves e irreversíveis¹².

Desta feita, a responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo deve ter caráter preventivo, no intuito de se evitar novas lesões aos consumidores, através da fixação de compensações em valores mais elevados¹³.

Nesse passo, a prevenção deve ocorrer através da compensação por dano moral, quando este ocorrer, utilizando-se como critério para fixação do montante dela o caráter preventivo/dissuasório da responsabilidade civil¹⁴.

3 – A compensação preventiva

Pode-se questionar a elevação do valor da compensação do dano moral como forma de prevenir novos fatos lesivos, ante o aparente enriquecimento desproporcional à lesão sofrida, porém, não resta aos

¹² *Responsabilidade civil preventiva*. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 201.

¹³ Vale citar a advertência do professor Fernando Noronha: “A função preventiva, ou dissuasora, é às vezes também chamada de “educativa”, mas parece que com ela o que se pretende não é propriamente ensinar o homem a comportar-se melhor, é simplesmente coibir comportamentos danosos”. (Direito das obrigações. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 464.).

¹⁴ DONNINI, Rogério. In: NERY, Rosa Maria Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 499.

magistrados outra ferramenta para proteger os consumidores de novos prejuízos, tanto na responsabilidade contratual como na aquiliana.

Com efeito, em regra, o contrato de consumo é de adesão, ou seja, aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo (artigo 54 da Lei nº 8.078/90).

Assim sendo, a prática nos revela que o fornecedor não estabelece cláusula penal no caso de seu inadimplemento contratual.

A previsão singela de devolução de valores não é sanção, mas o mero retorno das partes à situação anterior à contratação.

Não se deve olvidar, ainda, dos inúmeros contratos celebrados verbalmente, em que inexistente previsão de cláusula penal.

Logo, os juízes não terão como aplicar multa ao fornecedor pelo descumprimento do contrato e pela conseqüente lesão ao consumidor, limitando-se a recompor o *status quo ante*, deixando desatendido o preceito legal de prevenção de danos (inciso VI do artigo 6º do CDC).

Por sua vez, nas lesões decorrentes de ilícito extracontratual não será possível aplicar multa civil ante a ausência de previsão legal para tanto¹⁵.

Não se deve olvidar que a tutela coletiva¹⁶ dos consumidores ainda é feita de forma tímida pelos legitimados, sendo certo que algumas situações, que atingem diversos consumidores, não têm origem comum, afastando-se dos conceitos de direito difuso, coletivo ou direito individual homogêneo (artigo 81, parágrafo único, incisos I a III do CDC).

Por exemplo, clientes de diversos bancos que são vítimas de fraude em caixa eletrônico, clonagem de cartão ou contratação de empréstimo com documento falso.

Essa gama de consumidores atingidos por fatos singulares, mas que ocorrem com frequência, não está acobertada pela tutela coletiva, buscando o judiciário para a reparação dos danos suportados através de ações individuais.

¹⁵ Nelson Rosendal adverte: “somos peremptórios no sentido de que só haverá pena civil aquiliana no Brasil com reconhecimento pelo legislador em norma específica” Op. cit., p. 204.

¹⁶ Ver Lei nº 8.078/90, artigos 81/100. Na doutrina, Sérgio Cavalieri Filho, Claudia Lima Marques e Luis Antônio Rizzatto Nunes.

Nessa seara, o magistrado ao reconhecer que determinado inadimplemento contratual ou prática comercial abusiva levou à lesão do patrimônio imaterial do consumidor, deverá condenar o fornecedor a reparar o dano, considerando no arbitramento da compensação o caráter preventivo, com o escopo de se evitar que outros consumidores sejam lesados.

3.1 – Indústria do dano moral ou a Indústria do desrespeito ao consumidor

Nem se alegue a existência de “indústria do dano moral”, pois, se inúmeros consumidores postulam indenização por lesão decorrente de reiterada prática comercial insatisfatória, temos um verdadeiro desrespeito ao ordenamento jurídico, com prejuízo para a parte mais vulnerável da relação, qual seja, o consumidor¹⁷.

As hipóteses de reconhecimento do dano moral, além dos critérios para aplicar a função preventiva, serão analisadas a seguir.

4 – Dano moral. Conceito. Distinção de mero contratempo. Prova. Critério de avaliação

O dano moral é aquele que afeta o patrimônio imaterial de uma pessoa, como o seu bom nome, a sua tranquilidade, intimidade, vida privada, honra, imagem, etc.

A reparação do dano moral foi reconhecida pelo legislador constituinte como garantia fundamental (artigo 5º, V e X da Carta Magna), havendo previsão de reparação tanto no Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, VI), quanto no Código Civil (artigo 186).

O conceito do dano moral não foi dado pelo legislador, restando à doutrina e à jurisprudência a sua conceituação.

¹⁷ Como adverte Rogério Donnini: “Propaga-se a falsa ideia de uma “indústria das indenizações” que, em verdade, não existe, pois o que se constata é uma frequente e desmesurada violação de direitos por parte do Estado, dos fornecedores, nas relações entre particulares e, em vários casos, a fixação de valores indenizatórios que contrariamente ao princípio *neminem laedere*, incentiva novos eventos danosos. Não raro, grandes empresas deixam de investir em segurança de seus produtos ou serviços, cientes dos baixos valores fixados nas ações de reparação de danos. Estamos, assim, diante de uma “indústria das lesões”. Op. cit., p. 499.

Diante das limitações deste trabalho, não iremos nos estender sobre a evolução do conceito de dano moral, adotando a conclusão de Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸.

4.1 – Distinção entre dano moral e mero contratempo

Neste ponto, vale fazer a distinção entre o dano moral e o mero contratempo decorrente do inadimplemento contratual.

A vida moderna nos oferece diversas facilidades como telefone celular, *internet*, mensagens instantâneas, redes sociais, etc., porém, a tecnologia não é capaz de eliminar situações desagradáveis, decepcionantes ou frustrantes.

Embora os negócios possam ser celebrados em qualquer parte do mundo através da rede mundial de computadores, além de contarmos com enormes centros de processamento de dados, o fator humano não foi eliminado e, como se sabe, o homem por natureza é falível.

Portanto, surge a necessidade de diferenciar o mero descumprimento do contrato e o dano moral¹⁹.

Para distinguir o mero contratempo e o dano moral diante de um caso concreto, o intérprete deverá perquirir se o fato foi relevante a ponto de desestabilizar emocionalmente o consumidor ou se revelou simples desconforto passível de ser suportado sem maiores prejuízos ou inconvenientes.

Não pretendemos exaurir as condutas comerciais lesivas, ante a infinita gama de situações passíveis de ocorrer, porém, em razão de nossa experiência profissional no Juizado Especial Cível, notamos que os fornecedores adotam posturas abusivas que devem ser reconhecidas como causadoras de dano moral quando presente a inércia, o descaso,

¹⁸ *Danos à pessoa humana* – uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 157-158.

¹⁹ Artur Rollo adverte que: “Não devemos confundir, portanto danos morais de pequena monta com meros aborrecimentos. A ofensa à honra, ainda que não tenha grande repercussão, deve ser indenizada. Meros aborrecimentos são acontecimentos do cotidiano, que aconteceriam independentemente da ação do ofensor, ou, ainda, são comportamentos do fornecedor que devem ser suportados pelo consumidor e que, por isso mesmo, não geram indenização. Por isso mesmo, não devem ser indenizados, até porque falta o nexo de causalidade.” (*Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 57.).

a reiterada ocorrência do mau funcionamento de um produto ou da má prestação de um serviço, o abuso da posição contratual, a injustificada resistência na solução de um problema, a cobrança repetida de dívida já paga ou inexistente, etc.

Vale destacar situação corriqueira em que o consumidor entra em contato com o fornecedor apresentando uma reclamação dando início a verdadeira jornada épica, uma vez que este fixa e descumpre reiteradamente prazos, forçando aquele a procurar o PROCON, bem como o Poder Judiciário para solucionar questão simples, a qual o bom senso recomendaria rápido e eficiente atendimento²⁰.

Diante de tais hipóteses, acreditamos que deve ser reconhecido o dano moral.

Quando o fornecedor ao ser comunicado de uma falha do produto ou serviço o resolve com presteza e dentro do prazo legal (artigo 18, § 1º do CDC), ou mantém o consumidor informado sobre eventual atraso na entrega de uma mercadoria, não se estará diante do dano moral²¹.

Diante desse quadro, para distinguir o mero contratempo do dano moral decorrente do inadimplemento contratual, revela-se importante identificar se houve a perda do tempo útil do consumidor para resolver o problema, como ocorre nas longas esperas nos serviços de atendimento ao cliente (SAC), ter procurado o fornecedor por diversas vezes sem sucesso, ou, ainda, realizar longos deslocamentos na tentativa de ver acolhida sua pretensão²².

Não se pode aceitar que o consumidor perca horas ao telefone aguardando para ser atendido de forma precária pelo fornecedor.

O serviço de atendimento deve ser efetivo, rápido e atencioso com o consumidor²³.

Portanto, para se distinguir o mero contratempo do dano moral, o juiz deverá analisar o comportamento do fornecedor, considerando se sua conduta contribuiu para a rápida e eficiente solução do problema

²⁰ Artur Rollo pontua que: “A péssima qualidade dos serviços prestados justifica a proliferação de demandas e os crescentes pedidos de indenização dos danos morais. O descaso reiterado de certas empresas com os consumidores extravasa a linha do mero aborrecimento, desencadeando muitas vezes o dever de indenizar os danos extrapatrimoniais configurados”, op. cit., p. 60.

²¹ ROLLO, Artur. Op. cit. p. 59.

²² DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 130.

²³ ROLLO, Artur. Op. cit., p. 61.

ou se ele, diante da reclamação, se omitiu, postergou ou dificultou a vida do consumidor²⁴.

Para tanto, recomendamos aos juízes a colheita do depoimento pessoal do consumidor em audiência, com o escopo de apurar o reflexo do fato em sua vida, além da conduta do fornecedor após ser informado do inadimplemento contratual, para poder bem identificar as situações de mero contratempo cotidiano e aquelas que configuram o dano moral.

4.2 – Prova do dano moral

A existência do dano é um dos requisitos da responsabilidade civil para se condenar alguém a compensar a lesão moral, impondo-se a prova dele.

O dano material é fácil provar por deixar marcas, ante a alteração da fática do bem lesado, por exemplo, o dano a um veículo envolvido num acidente de trânsito, a demolição de um muro, etc.

Por sua vez, o dano moral não deixa marcas, não é visível, nem pode ser medido, uma vez configurar lesão a patrimônio imaterial²⁵.

Diante desse cenário, firmou-se entendimento jurisprudencial de que o dano moral decorre “*in re ipsa*”, pois “não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam” (REsp 86.271/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU, DE 09/12/1997).

Depreende-se da lição acima, que o fato para configurar lesão ao patrimônio imaterial deve causar reflexos negativos no ânimo da pessoa ou repercutir de forma grave nos seus direitos da personalidade.

²⁴ André Gustavo Corrêa de Andrade ao questionar sobre como separar o dano moral do “mero” contratempo afirma que: “A resposta a tal indagação encontra-se não na reação da vítima – afinal, essa pode ser mais ou menos sensível à violação de um direito –, mas no comportamento do contratante inadimplente, que, muitas vezes, age de forma particularmente censurável e ultrajante, demonstrando verdadeiro descaso para o direito alheio. O aborrecimento, a contrariedade e outros sentimentos negativos que ordinariamente já acometem aquele que vê descumprida uma obrigação pactuada em muitos casos são agravados pela conduta maliciosa ou desdenhosa do contratante”. (*Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 96.).

²⁵ Rui Stoco afirma que: “Sob esse aspecto, porque o gravam no plano moral não tem expressão matemática, nem se materializa no mundo físico e, portanto, não se indeniza, mas apenas se compensa, é que não se pode falar em prova de um dano que, a rigor, não existe no plano material” (*Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 9. ed. rev., atual. e reform. com comentários ao Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. II, p. 972.).

Há fatos, que pela sua própria gravidade, como a morte de um filho, dispensam a prova desse reflexo negativo; outros, contudo, como os decorrentes de inadimplemento contratual, dependem de prova²⁶ daquelas consequências lesivas à honra (perturbação da tranquilidade ou ofensa aos direitos da personalidade)²⁷.

Portanto, quando o fato alegado como lesivo ao patrimônio imaterial se situar numa zona cinzenta, não autorizando de imediato o reconhecimento ou o afastamento do dano moral, o magistrado deverá instruir o processo, permitindo ao consumidor fazer prova da repercussão negativa daquele em sua vida.

4.3 – Avaliação da compensação pelo dano moral

Diante do reconhecimento de que o consumidor sofreu dano moral surge outro grande dilema: como quantificar o valor da compensação pela lesão?

A dificuldade inicia-se pela ausência de parâmetro para avaliar o dano moral.

O Código Civil disciplina que a indenização mede-se pela extensão do dano (artigo 944).

Ocorre que não há régua para medir a lesão à honra, ao bom nome, à tranquilidade, ao sossego, etc.²⁸

De sorte que o critério do artigo 944 do Código Civil não deve ser utilizado como paradigma na fixação da compensação por dano moral, pois se visa aliviar, minorar, retribuir a lesão sofrida, não se tratando de reparação da ofensa.

Por essa razão, entendemos não ser apropriado o termo indenização do dano moral, mas compensação²⁹.

²⁶ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 83.

²⁷ STOCO, Rui. *Op. cit.*, p. 974.

²⁸ ROLLO, Artur. *Op. cit.*, p. 64.

²⁹ Nessa linha, Arnaldo Rizzardo afirma que: “Na verdade, a reparação não passa de uma compensação que se faz em face da dor, da tristeza, do sentimento de ausência, do vexame sofrido, da humilhação, do descrédito resultante de informes inverídicos divulgados, do abalo do ânimo que determinados fatos trazem às pessoas. Não existe um *minus patrimonial*, mas a sensação desagradável, dolorida, amarga, frustrante, o sentimento de falta ou ausência, a perda da credibilidade, o abalo da disposição, e outros, estados anímicos, que se procura não afastar, nem substituir, e sim

Desta feita, na fixação do quantum compensatório deverão ser observados: a situação econômica do lesado; a intensidade do sofrimento; a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa; o grau de culpa e a situação econômica do ofensor, bem como as circunstâncias que envolveram os fatos, além do caráter de prevenção de danos futuros, o qual será analisado de forma pomenorizada no capítulo seguinte.

5 – Dano moral nas relações de consumo

Neste capítulo iremos distinguir a função preventiva da responsabilidade civil da função punitiva, além de traçar parâmetros para aplicação da prevenção, elevando-se o montante da compensação pelo dano moral.

5.1 – Prevenção x Punição

Muito se afirma sobre a função punitiva da condenação pela ofensa ao patrimônio imaterial de alguém³⁰.

A ideia de punição foi trazida do sistema de *Common Law*, em que é comum a figura do *punitive damages*.

André Gustavo Corrêa de Andrade elaborou excelente trabalho de pesquisa sobre o tema, ao qual remetemos o leitor para um estudo mais aprofundado sobre a origem do *punitive damages*³¹, conceituando-o como: “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”³².

O citado autor relaciona como pressupostos da indenização punitiva, a ocorrência do dano moral, a culpa grave do ofensor e a obtenção de lucro com o ato ilícito³³, em seguida elenca as situações em que não se justifica a indenização punitiva, como na existência de culpa leve e

colocar ao lado deles, em benefício de quem vive essa experiência ou sensação, para que se desfaça a situação criada ou se encontre uma outra motivação em sua vida, e, assim, retome a normalidade dentro do possível” (*Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 254.).

³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. Op. cit., p. 217-219.

³¹ Op. cit., p. 169.

³² Op. cit., p. 186.

³³ Op. cit., p. 261-269.

na responsabilidade objetiva, pois o fundamento, neste caso, seria o risco proporcionado por uma dada atividade, de sorte que “a ausência de culpa afasta a necessidade e, conseqüentemente o fundamento da sanção de natureza penal”³⁴.

Sobre o tema, Marcelo Benacchio afirma que: “Em virtude de sua finalidade, a função punitiva da responsabilidade civil apenas tem aplicação nos casos de responsabilidade subjetiva, diante de dolo ou culpa grave, nos demais casos, incluídas todas as hipóteses de responsabilidade objetiva, haverá apenas função reparatória ou compensatória, porquanto não há sentido na punição de comportamentos sem vinculação psicológica”³⁵, ressaltando a possibilidade de aplicação da indenização punitiva nos casos de responsabilidade civil quando se estiver diante de dolo ou culpa grave do ofensor, cabendo ao autor da ação a prova dessas circunstâncias³⁶.

Diante desse quadro, entendemos não ser apropriado atribuir ao dano moral decorrente de relação de consumo a função punitiva, pois nessas controvérsias a responsabilidade do fornecedor é objetiva, bem como em muitas das situações ensejadoras de ações judiciais dificilmente se reconhecerá o dolo ou culpa grave do fornecedor.

Assim, apenas excepcionalmente será aplicada a função punitiva nos casos de lesão ao patrimônio imaterial do consumidor.

Contudo, no cotidiano forense apresentam-se inúmeros inadimplementos contratuais nas relações de consumo – responsabilidade objetiva, em que não é possível reconhecer dolo ou culpa grave, mas que configuram dano moral.

Difícilmente será reconhecido dolo de um fornecedor que deixar de entregar o produto comprado pelo consumidor ou culpa grave pela má prestação de um serviço, inevitavelmente será necessária prova técnica, custosa e de difícil produção para o consumidor, que se verá desestimulado a buscar seu direito.

Nesses termos, a compensação por dano moral nas relações de consumo deverá ter cunho preventivo, quando se verifique a existência

³⁴ Op. cit., p. 270.

³⁵ LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 654.

³⁶ Op. cit., p. 270.

de lucro com o ato ilícito, abuso de direito, descaso com o consumidor, reiteração de conduta, empresa grande litigante no judiciário, sendo inapropriado falar em punição, na forma de *punitive damages*.

5.2 – Critérios para aplicação da prevenção na indenização por dano moral

O aspecto preventivo da compensação por dano moral não deve ser aplicado a toda e qualquer lesão, sob pena de se banalizar o instituto, bem como somente se deve prevenir aquilo que pode se repetir no futuro.

Destarte, a função preventiva do dano moral requer a presença, no caso concreto, de circunstâncias que revelem a possibilidade de o fato vir a ocorrer novamente, a reprovabilidade da conduta, o lucro ilícito e o abuso de poder do fornecedor.

5.2.1 – Grandes litigantes

Sempre que se discutem os motivos da lentidão do Poder Judiciário vem à tona a questão das demandas de massa e a existência de grandes litigantes.

São considerados grandes litigantes o Poder Público e as grandes empresas que figuram reiteradamente em demandas judiciais³⁷.

O foco deste trabalho será nas grandes empresas que fazem do Judiciário sua central de atendimento ao consumidor.

Tal afirmação decorre da constatação de que muitas empresas prestam um péssimo serviço de pós-venda, deixando de oferecer ao consumidor canal de comunicação ágil e eficaz para solução das falhas que ocorrem após a aquisição do produto ou da prestação do serviço.

É recorrente a afirmação dos consumidores de que procuraram os fornecedores, através do serviço de atendimento, porém não obtiveram resposta satisfatória ou sequer conseguiram concluir a reclamação.

³⁷ Pesquisa do CNJ, disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>, acesso em: 4 maio 2015.

O Min. Luis Felipe Salomão afirmou, em entrevista à revista *Consultor Jurídico*, concedida para a composição do Anuário da Justiça Brasil 2013, que “é mais fácil apelar à Justiça que manter um *call center*”³⁸.

De acordo com o *ranking* elaborado pela Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça, bancos e empresas de telefonia representam 24,5% dos processos em tramitação no país³⁹.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) realizou, em 2011, pesquisa sobre os 100 maiores litigantes, apontando que no âmbito da Justiça Estadual os bancos são responsáveis por 54% das ações distribuídas, e as empresas de telefonia por 10%⁴⁰.

Portanto, uma vez reconhecida que a empresa figura, frequentemente, como parte nas ações judiciais, sendo reconhecido que o fato narrado pelo consumidor provocou dano moral, o magistrado deve considerar o caráter preventivo na fixação do montante compensatório.

5.3 – Lucro ilícito

O descumprimento contratual pelo fornecedor pode, em muitas vezes, implicar em seu benefício patrimonial, por exemplo, ao efetuar cobrança indevida.

Uma empresa com milhões de consumidores que descontar de cada um deles R\$ 1,00 (um real), auferirá vantagem milionária.

Evidentemente que o Judiciário não pode autorizar referida conduta, devendo apreendê-la.

Nessa ordem, se a exação sem justa causa acarretar dano moral ao consumidor, configurando, ainda, lucro ilícito ao fornecedor, a compensação deverá ser elevada, como forma de prevenir que a mesma conduta seja repetida contra outros consumidores.

Os fornecedores podem adotar condutas que não só são lesivas aos consumidores, mas que lhes proporcionam lucro.

³⁸ Disponível em: <<http://consultor-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/100276156/e-mais-facil-ape-lar-a-justica-que-manter-um-call-center>>, acesso em: 16 abr. 2014.

³⁹ Dados extraídos do *Jornal Oficial da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ed. n. 161, p. 9, set. 2014.

⁴⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_liti-gantes.pdf>, acesso em: 4 maio 2015.

Como dito acima, a cobrança indevida de R\$ 1,00 de todos os clientes de um grande fornecedor pode resultar em soma milionária⁴¹.

O arbitramento de compensação preventiva serviria como desestímulo de prática comercial abusiva, encorajando o fornecedor a implementar a proteção ao consumidor⁴².

Assim, diante de uma situação lesiva ao patrimônio imaterial do consumidor, além de propiciar lucro ilícito ao fornecedor, o juiz deverá aplicar o critério preventivo do dano moral, elevando o valor da compensação.

5.4 – Abuso de poder

A relação de consumo é desbalanceada, ante a posição mais forte do fornecedor que impõe o preço, estabelece os termos do contrato (de adesão) e detém maior poder econômico.

Por essas razões, a Carta da República determina a proteção do consumidor (artigo 5º, inciso XXXII), bem como a Lei nº 8.078/90 trouxe mecanismos para equalizar a relação fornecedor x consumidor.

Malgrado a garantia constitucional e a proteção legal, infelizmente, os fornecedores abusam de sua posição contratual sujeitando os consumidores aos seus “caprichos”, desmandos e prepotência.

Essa situação é percebida no cotidiano forense, em razão das inúmeras ações sempre contra os mesmos fornecedores por fatos idênticos.

Por exemplo, é comum ações contra empresa de telefonia, em que ela oferece um serviço (*internet*) para o consumidor, inicia a cobrança por ele, porém não o presta sob a alegação de não estar disponível na região onde a residência se localiza.

⁴¹ Andre Gustavo Correa de Andrade destaca que: “Para alcançar um ganho, algumas empresas não hesitam em desconsiderar contratos, certas de que a sanção reparatória que eventualmente lhes será imposta configura um preço mais do que satisfatório pela possibilidade de obter unilateralmente um bem que deveria depender do consentimento de outrem. Desrespeitam a liberdade contratual, violando a liberdade de não contratar e de negociar as bases do contrato, e transformam a responsabilidade civil em uma ilegítima forma de expropriação privada de um bem pelo preço de mercado deste, com a vantagem, para o ofensor, de que esse preço será pago de forma diferida, ao final de um longo processo judicial”. (Op. cit., p. 252.).

⁴² ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 89.

Outra situação que se repete com frequência é a falha na prestação de serviço de telefonia móvel ou a cobrança de valor indevido na fatura.

Em alguns casos, o próprio fornecedor recomenda o cancelamento do serviço e a contratação de outro novo para solucionar o problema do consumidor.

Evidente que essa proposta se revela incompreensível e ilógica, além de dificultar a vida do consumidor desnecessariamente.

Por mais que se fixe multa para forçar o cumprimento da obrigação, os fornecedores restam inertes, alegando ser impossível alterar o “sistema”, postulando ao final a redução daquela por se revelar desproporcional ao dano suportado pelo consumidor, conforme reconhecido na Reclamação nº 7.861/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 11/09/2013, DJe 06/03/2014).

Como se vê, os fornecedores atuam com abuso de poder em prejuízo do consumidor.

Sobre o conceito de abuso do direito, o estimado Alexandre Guerra, em excelente obra sobre a responsabilidade civil por abuso do direito, traz a definição de Renan Lotufo, para quem “o abuso do direito é o abuso de situações causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido”⁴³.

Referida lição retrata exatamente o que afirmamos acima, ou seja, os fornecedores excedem os limites da boa-fé, da razoabilidade e do mandamento legal, praticando indiscutível ato ilícito.

Importante destacar a lição de Bruno Miragem ao analisar o abuso do direito nas relações de consumo, afirma ser dispensável a ocorrência de dano para o reconhecimento daquele⁴⁴.

Diante da gravidade do ato decorrente de abuso do direito, a compensação deve ser elevada como forma de prevenir a repetição daquele com outros consumidores (artigo 6º, inciso VI do CDC).

⁴³ *Responsabilidade Civil por abuso do direito*: entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 105.

⁴⁴ *Abuso do direito* – ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 243.

5.4.1 – Enriquecimento desproporcional

O enriquecimento desproporcional é preocupação recorrente quando se discute o valor da compensação pelo dano moral, tanto que o E. Superior Tribunal de Justiça flexibilizou a restrição de sua Súmula nº 7⁴⁵ para analisar o montante arbitrado a esse título, conforme AgRg no REsp 1107801/RS, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16/04/2015, DJe 28/04/2015.

Importante destacar o uso impróprio da expressão “enriquecimento ilícito” como critério para a fixação do dano moral.

Com efeito, o enriquecimento ilícito ou sem causa ocorre quando alguém recebe quantia sem justa causa, ou sem relação jurídica com a pessoa suporta a diminuição patrimonial⁴⁶.

Nesses termos, o valor recebido a título de compensação pelo dano moral nunca pode ser conceituado como enriquecimento sem causa ou ilícito, pois decorre de lesão ao direito da personalidade da vítima, existindo nexo de causalidade e justa causa entre o enriquecimento e o empobrecimento das partes envolvidas⁴⁷.

Por isso, optamos por denominar enriquecimento desproporcional a fixação da compensação pelo dano moral quando exagerado ou desmedido, se comparado à lesão suportada pela vítima.

Vale lembrar, que sempre haverá enriquecimento da vítima do dano moral, ante o caráter imaterial deste, e a forma de reparação ser pecuniária.

Contudo, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade não podem prevalecer quando se fizer necessária a aplicação da indenização preventiva, pois ela será superior ao dano, no intuito de se evitar que o fato lesivo se repita com outros consumidores.

Como analisado no tópico anterior, o fornecedor pode adotar prática comercial abusiva que lhe acarrete acréscimo patrimonial em prejuízo ao consumidor.

Não se deve olvidar que lesões de pequena expressão econômica acabam sendo deixadas de lado pelos consumidores ante a dificuldade e o tempo gasto para exercer o direito de reparação.

⁴⁵ Súmula 7: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.”

⁴⁶ NANNI, Giovanni. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 224.

⁴⁷ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 196-197.

É comum o comportamento de consumidores em aceitar uma cobrança indevida, diante da recusa do fornecedor em estorná-la, pois, precisará procurar o PROCON ou o Poder Judiciário para fazer valer seu direito, sendo certo que o tempo despendido para tanto não compensaria o valor pago sem justa causa⁴⁸.

Nessa ordem de ideias, diante do princípio constitucional de proteção do consumidor, além da previsão legal de prevenção de danos aos consumidores, o magistrado diante do lucro ilícito do fornecedor e o enriquecimento desproporcional do consumidor, deve escolher a segunda como forma de atender os preceitos acima mencionados⁴⁹.

Pode soar estranho para a doutrina tradicional da responsabilidade civil a fixação de compensação superior à lesão sofrida, porém, como dito no capítulo anterior, a tutela constitucional e legal do direito do consumidor instituiu um novo ramo da responsabilidade civil com princípios próprios, exigindo uma revisão dos conceitos doutrinários para a efetiva proteção do consumidor e prevenção de danos.

Vale consignar, que não se está defendendo a concessão de indenizações milionárias como se vê nos Estados Unidos da América, mas a elevação do montante do dano moral com o escopo de prevenir a lesão a outros consumidores.

Como adverte Rui Stoco: “Ninguém deve receber a título de dano moral quantia que, com a só força do próprio trabalho, não conseguiria amearhar ao longo da sua vida”⁵⁰.

A jurisprudência vem acolhendo essa lição, de sorte que não se observa compensações milionárias por dano moral nas relações de consumo.

O festejado Min. Paulo de Tarso Sanseverino, ao analisar a jurisprudência do E.STJ sobre o quantum arbitrado a título de indenização pelo dano moral decorrente de negativação indevida afirma que: “De acordo com esses precedentes, pode-se estimar que um montante indenizatório razoável para o STJ situa-se na faixa entre 20 e 50 salários mínimos” (Recurso Especial nº 1.152.541 – RS (2009/0157076-0)).

⁴⁸ ROLLO, Artur. Op. cit., p. 75.

⁴⁹ ROSENVALD, Nelson. Op. cit., p. 108.

⁵⁰ Op. cit., p. 996.

Como se vê, o valor atribuído ao dano moral não se revela um prêmio de loteria, capaz de alterar significativamente a vida do consumidor a ponto de deixar de trabalhar ou alterar sua classe social, portanto, ainda que se considere o caráter preventivo do dano moral, a compensação não implicará em enriquecimento desproporcional do consumidor.

Conclusão

Nas relações de consumo exige-se maior cuidado e atenção na análise de condutas lesivas, pois a repetição delas pode afetar milhões de consumidores, trazendo insegurança jurídica, além de enfraquecer o próprio mercado consumidor.

Um dano de menor monta, se considerado individualmente, pode gerar lucro ilícito para o fornecedor e prejuízo para incontáveis consumidores, os quais podem ter dificuldade ou mesmo desistir de defender seus direitos, face o pequeno reflexo econômico dele e o custo (não somente monetário, mas de tempo) para o seu exercício.

Porém, não se admite que pessoas sejam lesadas.

Portanto, a melhor forma de se proteger o consumidor é aplicar medidas preventivas, ainda que importem em enriquecimento desproporcional ao dano suportado, pois este ainda será muito menor do que o lucro ilícito obtido pelo fornecedor que se aproveita de prática comercial abusiva.

Destarte, uma vez reconhecido que a conduta do fornecedor provocou dano moral ao consumidor, a compensação deste deve ser mais elevada, com o escopo de se evitar novos danos.

Assim atuando, os magistrados demonstraram aos fornecedores ser desinteressante a adoção de conduta abusiva contra os consumidores, levando-os a repensar sua forma de agir no mercado de consumo.

Bibliografia

- ANDRADE, André Gustavo Correia de. *Dano moral & indenização punitiva – os punitives damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BENACCHIO, Marcelo. In: LOTUFO, Renan et al. (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. *Programa de responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DESSAUNE, Marcos. *Desvio produtivo do consumidor – o prejuízo do tempo desperdiçado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Da responsabilidade civil das preferências e privilégios creditórios. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. XIII.
- DONNINI, Rogério. In: NERY, Rosa Maria Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil – estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 499.
- GUERRA, Alexandre. *Responsabilidade civil por abuso do direito – entre o exercício inadmissível de posições jurídicas e o direito de danos*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor – o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito* – ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Danos à pessoa humana* – uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa* – de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PASQUALOTTO, Adalberto. *Revista dos Tribunais*, n. 666, p. 48, abr. 1991.

RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. *Direito das obrigações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo* – dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo – distinções inconstitucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Princípio da reparação integral* – indenização no código civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil* – doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. II.

A não incidência da responsabilidade civil médica e o CDC

Danilo Fadel de Castro

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

O presente artigo busca traçar algumas linhas acerca de tema complexo e tormentoso que envolve a atuação do médico, profissional liberal, cuja atividade de risco, muitas vezes, por efeito de resultado trágico, fatal, coloca-o, não raro, no banco dos réus. Contudo, apresentam-se algumas situações em que a responsabilidade médica não incidirá, isto é, em que há o rompimento donexo causal. Para tanto, adotar-se-á, em casos tais, o uso da nomenclatura “não incidência” ao invés de “causas excludentes”.

1. A responsabilidade do médico. O art. 14, § 4º, do CDC

O art. 14, § 4º, do Código do Consumidor dispõe que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A esse respeito, bem assinala Paulo de Tarso Vieira Sanseverino que:

No caso dos profissionais liberais, valorou-se a natureza peculiar das suas atividades, que não se mostram compatíveis com a responsabilidade objetiva. De um lado, houve a preocupação com a inviabilização da atividade desses profissionais, pois, se tivesse sido adotado um regime de responsabilidade objetiva, haveria a formulação de uma nova equação definidora da repartição dos riscos, atribuindo um custo excessivamente elevado

e praticamente insuportável para o exercício das profissões liberais. De outro lado, os contratos de prestação de serviço celebrados pelos profissionais liberais e seus clientes envolvem, normalmente, uma relação de confiança, que atenua, sobremaneira, a desigualdade reinante em outros contratos de consumo. Isso reduz o grau de vulnerabilidade do cliente, enquanto consumidor, frente ao profissional liberal, como fornecedor de serviços, que é uma das notas características fundamentais das relações de consumo.¹

Tem-se, dessa forma, que, no que se refere aos denominados profissionais liberais, a responsabilidade é subjetiva.

O profissional liberal é aquele que, segundo prossegue ensinando, com maestria, Sanseverino, reúne as seguintes características:

- (A) prestação de serviços técnicos ou científicos especializados;
- (B) formação técnica especializada, normalmente em nível universitário;
- (C) vínculo de confiança com o cliente (*intuitu personae*);
- (D) ausência de vínculo de subordinação com o cliente ou com terceiro;
- (E) exercício permanente da profissão.²

Dentre os diversos profissionais liberais se elege, no presente trabalho, a figura do médico.

O médico é o profissional da área da saúde, que dada a relevância e a indispensabilidade da função exercida, que visa evitar e coibir, é visto, sobretudo, como verdadeiro sacerdote da cura.

O médico muitas vezes depara-se com a morte, evento inevitável, e precisa, de acordo com seus dons, enfrentá-la, e, ao menos naquela situação específica que digladia, vencê-la.

¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo, Saraiva, 2010. p. 197.

² *Ibidem*, p. 198.

Ocorre que, muitas vezes, o médico não consegue evitar o inevitável. A morte vence. Criam-se, então, os sentimentos afetos aos parentes do falecido que, de angústia, dor, sofrimento e irrisignação transmudam-se em lide cujo principal responsável eleito pelo infortúnio é exatamente o médico.

Contudo, pondere-se que a obrigação do médico é de meio, porquanto seus serviços devem ser direcionados ao quanto possível para a cura da doença, evento que pode ou não ocorrer. Ele não se responsabiliza, em regra pelo resultado, mas compromete-se a dispensar todos os seus esforços para promover a cura e a recuperação do paciente.

De outro bordo, há exceções com relação à natureza do serviço médico e isto envolve especialmente as cirurgias plásticas, em que, nas denominadas “cirurgias estéticas” – e não corretivas – compromete-se com o resultado.

De todo modo, acerca da espécie de responsabilidade civil do médico, Sergio Cavalieri Filho, afirma que é subjetiva.

São suas as seguintes lições:

Disso resulta que a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva com culpa provada. Não decorre do mero insucesso no diagnóstico ou no tratamento, seja clínico ou cirúrgico. Caberá ao paciente, ou aos seus herdeiros, demonstrar que o resultado funesto do tratamento teve por causa a negligência, imprudência ou imperícia do médico. O Código do Consumidor manteve neste ponto a mesma disciplina do art. 1.545 do Código Civil de 1916, que corresponde ao art. 951 do Código de 2002. Embora seja o médico um prestador de serviços, o Código de Defesa do Consumidor, no § 4º, do art. 14, abriu uma exceção ao sistema de responsabilidade objetiva nele estabelecido. Diz ali que: “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Deve-se ter em mente, todavia, que o Código do Consumidor foi bem claro ao dizer que a exceção só abrange a responsabilidade pessoal do profissional liberal, não favorecendo, portanto, a pessoa jurídica na qual ele trabalhe como

empregado ou faça parte da sociedade. Assim, por exemplo, se vários médicos resolverem constituir uma sociedade, a responsabilidade desta não será subjetiva.³

De fato, tem prevalecido na jurisprudência majoritária que, ao médico, profissional liberal, se aplicam as regras da responsabilidade subjetiva, mediante perquirição da conduta culposa. Isto é, o médico somente será responsabilizado se ficar comprovada a culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades, quais sejam, imprudência, negligência ou imperícia.

Nesse diapasão, o Código de Ética Médica (Resolução CFM no 1.931/09), em seu Capítulo III, art. 1º, dispõe que: “é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. O parágrafo único desse dispositivo assevera que “a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida”.

No entanto, difícil e tormentosa é a aferição da responsabilidade civil do médico, principalmente porque se trata de culpa singular.

Assim, e dada a peculiaridade da atividade médica, do risco enfrentado pelo profissional, frise-se, de confiança do paciente, a jurisprudência tem tratado essa questão – a nosso ver com razão – com maior rigor, impondo a indenização, em muitos casos, nas hipóteses de erros grosseiros e inescusáveis, privilegiando, de outra parte, – apesar da ocorrência do evento danoso e fatal – a vasta experiência médica e a utilização de todos os meios hábeis, necessários e cuidados dispensados durante o decorrer do tratamento.

É importante destacar, no presente trabalho, que há necessidade de se perquirir o nexos causal, ganhando relevo, sobretudo, a prova pericial. Porém, a prova pericial, não raro tida como essencial para a solução da lide médica, tem encontrado alguma resistência em sua aceitação isolada, sobretudo, diante do risco fundado de o perito, ciente de seu conhecimento técnico específico, transformar-se no verdadeiro juiz da causa.

³ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 432.

Não obstante, deve o juiz, na busca do resultado justo da lide, como primeiro passo, analisar todas as características do caso, pois, muitas vezes, a peculiaridade define quem tem razão.

Essa é a balizada opinião de Cavalieri Filho:

Em conclusão: diante das circunstâncias do caso, deve o juiz estabelecer quais os cuidados possíveis que ao profissional cabia dispensar ao doente, de acordo com os padrões determinados pelos usos da ciência, e confrontar essa norma concreta, fixada para o caso, com o comportamento efetivamente adotado pelo médico. Se ele não o observou, agiu com culpa. Essa culpa tem de ser certa, ainda que não necessariamente grave. Essa é a fórmula irreprochável proposta pelo insigne Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. em seu magnífico artigo sobre “A Responsabilidade civil do médico”, na RT 718/38.⁴

2. Não incidência da responsabilidade médica

2.1. A não incidência x causas excludentes

Traçadas as vigas da responsabilidade civil, em especial do profissional médico, relatar-se-á o tema proposto estabelecendo, porém, desde logo, uma distinção que se considera relevante.

Tal distinção terminológica verifica-se entre o que a doutrina chama de “causas excludentes de responsabilidade” e “a não incidência da responsabilidade”.

Conforme alhures mencionado, o médico não deve ser responsabilizado por todo e qualquer infortúnio que acomete o doente, sobretudo, pelo evento fatal: a morte.

Circunstâncias existem que, mais do que afastarem a responsabilidade médica – na ocorrência de determinados eventos –, implicam em concluir que tal jamais existiu ou poderia ter-se verificado.

⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 433.

Relevante, pois, a análise do nexu causal, que é a grande problemática da matéria em questão.

De toda a forma, a denominação “causas excludentes de responsabilidade”, – para tais circunstâncias que obstam o dever de indenizar – em verdade, é bem difundida e acolhida na doutrina e na jurisprudência. Tanto que, comumente, se diz que as causas excludentes de responsabilidade encontram-se, v.g., previstas no § 3º, art. 12 e § 3º, art. 14, ambos do CDC.

Não obstante, acredita-se que, ao invés de compreender que as excludentes teriam o condão de vitalizar o dever de indenizar (nexu causal) para, posteriormente, afastá-lo, melhor seria o entendimento de que, em verdade, presentes causas de não incidência, o nexu causal jamais se formou, jamais existiu, porquanto, em nenhum momento, se estabeleceu a obrigação reparatória.

Aprofundando a questão, ao tratar da responsabilidade civil do Estado, o Professor Alexandre Dartanhan de Melo Guerra traz a ideia nos seguintes termos:

A despeito da ampla aceitação do instituto no meio jurídico, a expressão causas excludentes de responsabilidade civil não nos parece ser a mais adequada. Destarte, por rigor científico, entende-se que seria preferível cuidá-las como causas de não-incidência de responsabilidade civil do Estado. Isso porque a não-incidência é hipótese normativa diversa da mera exclusão de responsabilidade civil. Sinteticamente, diante da não-incidência, não chegou efetivamente a existir em momento algum o dever de indenizar naquelas circunstâncias fáticas. Noutras palavras, dizer excludentes poderia fazer supor que a hipótese veio a ocorrer, passando em um segundo momento, a identificar certo óbice à condenação do agente indenizador, o que não é o que ocorre no plano científico, como se demonstrará⁵.

⁵ GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Lantin, 2010. p. 313-314.

Conforme ainda ensina o mestre citado, referida criação científica emana do direito tributário, com esteio nas lições de Becker.

Ensina, a respeito, Becker que:

A regra jurídica é um instrumento criado pelo homem para prever e impor um determinismo artificial ao comportamento (fazer ou não fazer) dos homens. A criação da regra jurídica é um fato. A existência da regra jurídica com sua estrutura lógica (regra de conduta e hipótese de incidência) é outro fato. A realização da hipótese de incidência consiste num terceiro fato. E a incidência da regra jurídica sobre sua hipótese de incidência realizada, constitui, por si mesmo, quarto fato que dá nascimento ao quinto e mais importante dos fatos: o fato jurídico⁶.

Assim, e segundo Becker, o acontecimento de um fato ou de fatos capazes de realizar a hipótese de incidência tributária constituiria, naquele campo, o caso de incidência.

Transportando tais bases do direito tributário para a seara da responsabilidade civil – notadamente no âmbito privado, que nos interessa – tem-se que essa circunstância da incidência jurídica é, de fato, perfeitamente aplicável.

Desse modo, tem-se um fato, um acontecimento, que pode ensejar o nascimento de uma relação jurídica obrigacional atribuindo a alguém o dever de indenizar. É, v.g., o direito de alguém exigir de outrem o ressarcimento de danos materiais e morais oriundos de morte por erro médico. Uma vez evidenciado o nexos causal, o evento morte passa a ser juridicamente relevante, e, como tal, poderá ensejar o direito à indenização.

Há, assim, que ocorrer um enquadramento integral do fato e sua hipótese normativa, sem que estejam presentes quaisquer causas de não incidência. E por causas de não incidência, exemplifica-se,

⁶ BECKER, Alfredo Augusto. Teoria geral do direito tributário, cit., p. 271, apud GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manuel Fonseca; BENACHIO, Marcelo (Coord.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Quartier Lantin, 2010. p. 314.

conforme será relatado adiante, com o caso fortuito ou força maior, que rompem o nexo causal, obstando a reparação dos danos.

De todo modo, importante destacar a ideia de que não é possível cogitar em impor o dever de indenizar, partindo-se de uma suposta responsabilidade civil, em tese, e pré-concebida, para, *a posteriori*, excluir-se o que realmente nunca existiu.

Portanto, mais adequado o entendimento de que a não incidência é fenômeno mais adequado a identificar àquelas situações em que não existiu o nexo causal, não existiu a responsabilidade civil, por absoluta falta de constituição de seus elementos, inexistindo, pois, a subsunção.

Pensa-se que, como efeito prático dessa distinção, por ocasião do julgamento de uma lide médica, é mais exato afirmar na fundamentação de uma sentença que, em casos tais, identificado o rompimento do nexo causal, a responsabilidade do médico não incidiu, não existiu, não se aperfeiçoou, do que, admiti-la, em tese, como uma pré-responsabilidade e depois excluí-la, ideia essa do termo “excludente”.

Em outras palavras deve ser afirmado que o nexo causal não incidiu, não se aperfeiçoou.

Note-se, assim, que, de fato, a distinção tem seu fundamento e a resposta do juiz na sentença da lide médica, a nosso ver, caso presente alguma causa de não incidência, necessita ser clara, nesse sentido, do mesmo modo em que, não tendo agido irregularmente o profissional médico, tal também precisa restar clarividente na decisão.

Firmada, assim, a ideia que tange à ausência de responsabilidade médica, – e por reputar mais adequado –, tem-se que o termo “não incidência” deve, pois, prevalecer sobre o termo “excludente”.

2.2. As causas de não incidência do dever de indenizar médico

2.2.1. O caso fortuito (interno e externo) e a força maior

O caso fortuito e a força maior constituem hipóteses típicas de não incidência da responsabilidade e do conseqüente dever de indenizar, de modo geral, porque impossibilitam o estabelecimento, o implemento, do nexo causal.

O art. 393, parágrafo único, do Código Civil assim dispõe acerca do caso fortuito ou força maior: “O caso fortuito ou força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir”.

É comum afirmar na doutrina que, aparentemente, não há distinção entre caso fortuito e força maior.

Apesar disso, é corrente a distinção no sentido de que o caso fortuito se verifica no fato ou ato estranho à vontade das partes, tais como guerra, greve, etc., ao passo que na força maior se referem fatos ou fenômenos naturais (tempestades, raios, etc.).

O caso fortuito e a força maior podem incidir sob a forma contratual ou extracontratual e apegam-se à imprevisibilidade ou inevitabilidade do evento. Isto é, o fato deve ser necessário, superveniente, inevitável e irresistível, absolutamente fora do alcance do controle humano.

No Código de Defesa do Consumidor não há a previsão legal do caso fortuito ou da força maior, o que, em princípio, fez com que parte da doutrina se inclinasse pelo reconhecimento da responsabilidade civil em tais hipóteses.

Rizzato Nunes sustenta que a utilização do advérbio “só” não deixa margem a dúvidas e arremata: “Somente valem as excludentes expressamente previstas no § 3º, que são taxativas. Qualquer outra que não esteja ali tratada obriga o responsável pela prestação do serviço defeituoso.”⁷

Conclui, a respeito, Rizzato Nunes, que o caso fortuito e a força maior não excluem a responsabilidade, sobretudo em decorrência da responsabilidade objetiva fundada na teoria do risco do empreendimento.⁸

No entanto, Bdine Jr. bem elucida a questão:

Entre as excludentes de responsabilidade previstas no Código de Defesa do Consumidor – arts. 12, § 3º, e 14, § 3º –, essas hipóteses não figuram como causas de exclusão de responsabilidade, o que levou alguns autores a afirmarem que elas não impedem a condenação dos fornecedores a pagar a indenização. Mas é preciso verificar que, se o caso fortuito ou força maior eliminam o nexo de causalidade entre o defeito e o dano não estarão

⁷ RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva 2009. p. 220.

⁸ *Ibidem*, p. 221.

presentes os requisitos dos arts. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor, de modo que não será caso de excluir a responsabilidade, mas sim de não haver incidência da regra ao caso concreto.⁹

Mais adequado, porém, é compreender que, presentes o caso fortuito ou força maior, não há incidência, – seja no Código Civil, seja no Código de Defesa do Consumidor –, do dever de indenizar.

Frise-se, que o caso fortuito e a força maior estão relacionados ao rompimento da relação de causalidade. É um problema de nexu causal. É um evento absolutamente estranho, fora do desdobramento normal da ocorrência, algo externo, que, por não se relacionar com o dano, faz com que a responsabilidade não seja estabelecida, afastando-se, conseqüentemente, a incidência do dever de indenizar pelo acontecimento.

É o que ocorre, nos exemplos trazidos por Kleber Hosang, com fato da natureza, como um raio que causa *black out* em um hospital ou enchentes que alaguem alas hospitalares¹⁰.

Também se exemplifica com o médico que, no momento da cirurgia, apresenta um mal súbito que obsta o prosseguimento do trabalho, vindo a ocorrer a morte do paciente.

Assim, tais situações revelam o fortuito externo que afasta o dever de indenizar.

Contudo, e sob outro prisma, há situações excepcionais que estão inseridas no risco assumido pelo fornecedor de serviços médicos e compreendidas em sua própria atividade, surgindo como um desdobramento atrelado à conduta e que, por isto, não afasta a incidência do dever de indenizar. A essa exceção a doutrina e a jurisprudência atribui a denominação de “fortuito interno”.

A proliferação de demandas médicas, com reiterados reconhecimentos de responsabilidades indenizatórias, é fator que tem demonstrado que, cada vez mais, os Tribunais – não descurando, evidentemente, da obrigação de meio do médico – se têm inclinado e conferido maior aceitação às situações de fortuito interno que, repise-se, não rompem o nexu causal.

⁹ BDINE JR., 2012, p. 418.

¹⁰ HOSANG, Kleber. *As excludentes de responsabilidade civil do médico diante do Código de Defesa do Consumidor*. Itajaí (SC), junho de 2006. p. 59. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Kleber_Hosang.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2015.

Exemplo típico é o de que, as infecções hospitalares, que outrora normalmente eram tidas como fortuito externo a romper o nexo causal¹¹, atualmente, têm sido inseridas no nexo causal, como desdobramento da conduta reputada culposa, incidindo o dever de indenizar do profissional médico e também do hospital.

Nehemias Domingues de Melo ensina a respeito que:

Tratando-se de infecção hospitalar, a responsabilidade do hospital será também objetiva, tendo em vista que o dever de assepsia do ambiente hospitalar é um dever ínsito à prestação do serviço. Neste caso, a prevenção contra esse risco corre por conta das empresas, não só por intermédio de técnicas de controle ambiental local, como de severa vigilância (isolamento) de possíveis focos. Mesmo quando for necessário operar um paciente com baixa resistência física ou imunológica, deve o hospital, antes de realizá-la, restabelecer seu poder de resistência ou então, no pós-cirúrgico, aplicar antibióticos para combate da infecção possível. Não sendo adotados esses mecanismos, o hospital responderá pelos danos decorrentes da infecção que venha a atingir o paciente, independentemente de culpa.¹²

No que se refere aos hospitais, de fato, entende-se que a infecção está inserida no risco de sua atividade, de tal modo que sua responsabilidade não deve ser afastada.

O nosocômio deve, assim, propiciar ao paciente um ambiente adequado, seguro, com equipamentos, acessórios, materiais, produtos, enfim, tudo o quanto necessário às atividades médicas a serem desenvolvidas e ao restabelecimento do doente, livre, porém, de exposições a contaminações ou proliferação de bactérias ou infecções. À medida

¹¹ Responsabilidade Civil. Cirurgia estética. Ocorrência de infecção que obistou ao prosseguimento do tratamento avençado. Caracterização de caso fortuito. Restituição das partes ao *status quo ante*, com a devolução dos honorários. Recurso Extraordinário não conhecido (STF - 1ª T. - RE - Rel. Thompson Flores - j. 08.05.79 - RT 529/254).

¹² MELO, Nehemias Domingues de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 169.

que esse dever de incolumidade do paciente atribuído ao hospital não é observado, entende-se que há a responsabilidade objetiva prevista no art. 14, do Código de Defesa do Consumidor e fundada na teoria do risco da atividade.

Sob outro prisma, porém, – e pese o maciço número de julgados – pensa-se que deve ser vista de modo mais restrito a questão de se estabelecer a responsabilidade do médico em situações que caracterizariam o fortuito interno.

Como já foi dito alhures, o médico é profissional que, em contrato firmado com o paciente, assume uma obrigação de meio.

É no contexto da obrigação de meio que a responsabilidade médica e a correspondente incidência do dever de indenizar podem surgir.

Assim, as infecções decorrentes da cirurgia, ou contaminações, para gerarem o dever de indenizar do profissional médico – em solidariedade ou não com o hospital – devem decorrer de culpa, isto é, não observância de determinada regra técnica; utilização de instrumento cirúrgico inadequado ou em condição inadequada; dispensa prematura de paciente do hospital; esterilização inadequada de instrumentos; etc. Em tais casos, em ocorrendo uma infecção ou contaminação do paciente ou, ainda, qualquer evento que possa lhe prejudicar a condição, e que em nada se relacione com a cirurgia – que pode, mesmo, ter sido um sucesso – possível a responsabilidade do médico.

Todavia, naquelas outras situações em que o paciente foi acometido de uma infecção grave, contaminado por bactéria, ou, ainda, que tenha experimentado um mal súbito ou resultado diverso que o tenha desagradado naquelas obrigações de resultado, em nada se apurando acerca da culpa do médico, eximir-se-á de responsabilidade este profissional. Frise-se, no entanto, que tal situação não afastará a responsabilidade do hospital.

Posiciona-se então, no sentido de que, nem mesmo na excepcionalidade da obrigação de resultado imposta ao médico, é possível que ele possa ser responsabilizado, em situação de fortuito interno, se não comprovada a sua culpa.

A questão é delicada, conforme se frisou.

Mas não se pode esquecer, nem ignorar – mas, antes considerar como um fato concreto para fins de julgamento – que é tênue a linha que separa o médico da vida e da morte do paciente, além do que, diversas possibilidades podem ocorrer, algumas em fração de segundos.

Daí, porque se repisa que, por mais grave, por mais absurdo o caso, por mais traumático que seja o evento, se deve apurar, com profundidade, o nexos causal e seus desdobramentos (concausas), antes de se concluir, pelas circunstâncias, em fortuito interno capaz de vincular o profissional médico.

Deve-se bem separar e delinear as responsabilidades do médico e do hospital. Se houve a culpa, então, o médico integrará o rol de responsáveis. Se o nexos causal distancia do médico, não se cogita em sua responsabilidade.

Todavia, assim deve ser compreendido o tema, inclusive, em prol dos demais profissionais liberais, rememorando-se que o risco que o Código do Consumidor impôs a determinadas atividades e fornecedores – relatados no art. 3º – capaz de gerar a responsabilidade objetiva, não se destina àqueles por expressa previsão do § 4º, do art. 14, do mesmo diploma legal.

2.2.2. O fato exclusivo do paciente

O fato exclusivo do paciente constitui outra causa de não incidência da responsabilidade civil.

Kallas Filho, em excelente trabalho, ao tratar das referidas causas de não incidência, anota com exatidão, que, nos domínios específicos da responsabilidade médica, o fato exclusivo da vítima pode ser designado como “culpa exclusiva do paciente”.¹³

Prossegue referido autor esclarecendo que: “trata-se de circunstância em que os danos experimentados pelo paciente decorrem exclusivamente de seu próprio comportamento, muitas vezes deixando de cumprir os deveres de seu cargo”.¹⁴

Preferimos, contudo, a denominação “fato” exclusivo do paciente.

Foca-se, assim, nos deveres do paciente, cujo descumprimento pode até mesmo afastar a incidência da responsabilidade médica.

¹³ KALLAS FILHO, Elias. O fato da técnica: excludentes da responsabilidade civil do médico. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 141, jul./out. 2013.

¹⁴ *Ibidem*, p. 141-142.

Nesse diapasão, Roberto Godoy, citado por Kallas Filho, identifica dois deveres impostos ao paciente, quais sejam, “o dever de veracidade e completitude das informações prestadas ao médico e dever de obediência às orientações do tratamento”.¹⁵

O dever de veracidade e completitude das informações tem como premissa a boa-fé que deve sempre pautar a relação entre médico e paciente. Incumbe, assim, ao paciente informar ao médico, adequadamente, e de maneira mais completa possível, todos os sintomas suportados, antecedentes, indicações terapêuticas anteriores acaso existentes, ingerência de medicamentos, etc., circunstâncias que, aliadas a realizações de novos exames ou complementares, pelo profissional médico, possibilitarão que se alcance o diagnóstico com a imposição de tratamento indicado ao caso. A esse método investigativo do médico, partindo-se das informações ministradas pelo paciente, se denomina anamnese.

Destarte, e considerando que a anamnese se constitui em relevante ponto de partida para a busca do diagnóstico correto, tem-se que, se o paciente prestar informações inverídicas ou omiti-las, poderá induzir o médico em erro, comprometendo suas conclusões e, por conseguinte, acarretar resultados nocivos e danosos à sua própria saúde.

Nesse caso, o médico não poderá ser responsabilizado pelo fato de ter sido induzido a uma conclusão diversa, com efeitos danosos ao paciente, porquanto munido de informações falsas ou inexatas.

Poder-se-ia argumentar que o paciente não teria qualquer interesse em procurar um profissional médico para piorar a sua saúde. Todavia, não se pode ignorar que a base da perquirição do diagnóstico é constituída exatamente pelas informações, mínimas que sejam do paciente a respeito dos seus males. O médico deve, pois, partir dos informes do paciente, daquilo que ele está sentido, do modo como aquela aparente doença lhe está sendo apresentada.

Daí, porque não se pode cogitar em responsabilidade médica pelos resultados adversos suportados pelo paciente em razão da falsa informação prestada. Frise-se que, no caso, estamos diante do latente dever geral de boa-fé.

¹⁵ GODOY, Roberto. A responsabilidade civil no atendimento médico e hospitalar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, n. 777, p. 96, jul. 2000, apud KALLAS FILHO, Elias, O fato da técnica: excludentes da responsabilidade civil do médico. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 142, jul./out. 2013.

De outra parte, o dever geral de obediência às orientações do tratamento atribui ao paciente a estrita observância às prescrições médicas, incluindo-se todas as restrições daí advindas.

Desse modo, se o médico determina que o paciente não possa fazer uso de determinados alimentos; não poderá fazer esforços físicos; deverá manter repouso, etc., tais determinações deverão ser atendidas pelo paciente, porquanto constituem fatores imprescindíveis ao êxito do tratamento e da cura da doença. Igualmente, e como decorrência desse dever, o paciente também deverá relatar, se o caso, a persistência de sintomas ou quaisquer reações adversas que possa estar suportando.

Em suma, tais deveres bem destacados e que se compreende como semelhantes à outra face da obrigação de meio, desta feita atribuída ao paciente, não se olvida, fundam-se na confiança e cooperação que devem nortear a relação médico-paciente sendo imprescindível a sua observância, pois, caso contrário, e uma vez afastado o nexos causal, não incidirá a responsabilidade médica.

E, além de não se estabelecer a responsabilidade médica, possível até mesmo que o médico possa ajuizar ação contra o paciente requerendo indenização por danos materiais e morais porventura decorrentes da falsa imputação de culpa que lhe fora, muitas vezes, maliciosamente, atribuída.

2.2.3. O fato de terceiro

O fato de terceiro, segundo Kallas Filho, caracteriza-se: “quando o evento causador do dano não decorre de comportamento do médico, nem do paciente, mas de pessoa estranha àquela relação, por isso mesmo designada terceiro”.¹⁶

Evidentemente, não estão compreendidos nessa condição os prepostos, empregados e auxiliares do médico, porquanto, em caso de comprovada culpa, o médico está obrigado a reparar os danos, sem prejuízo do manejo de ação regressiva.

O fato de terceiro, como a denominação sugere, deve decorrer de pessoa que não integre a equipe médica, que seja estranha aos seus quadros e pela qual o médico não se responsabilizou.

¹⁶ KALLAS FILHO, op. cit., p. 141.

É o caso de um familiar que, sem conhecimento ou consentimento do médico, acaba por produzir um dano no paciente, por exemplo, fornecendo-lhe água no momento em que necessitava permanecer em jejum para a realização de exame ou cirurgia.

As características do fato de terceiro em questão – que, frise-se, deve ser imprevisível e inevitável – permitem a conclusão de que, uma vez verificado, afasta-se o nexo de causalidade e a culpa do médico, não incidindo, dessa forma, o dever de indenizar.

2.2.4. A culpa concorrente do paciente

É possível, ainda, perquirindo as circunstâncias do caso concreto, concluir-se pela culpa concorrente do paciente.

Kallas Filho bem destaca que, dependendo das circunstâncias do caso, a culpa concorrente (entre médico e paciente) não é descartada pela doutrina:

Questão bastante discutida na doutrina diz respeito aos efeitos da culpa concorrente (e não exclusiva) da vítima, que seguramente contribui para o resultado danoso, mas, não é a única causa dele, uma vez que também se verifica a culpa do agente. Nessa hipótese, perfeitamente aplicada a responsabilidade médica, não haverá que se falar em isenção de responsabilidade, mas em atenuação, fixando-se a indenização proporcionalmente ao grau de culpa do profissional.¹⁷

Também fazendo menção à culpa concorrente do paciente, Hosang, afirma que: “Ocorre, nessa situação, a responsabilidade bipartida do profissional médico e seu paciente, respondendo cada um deles, pela parcela de culpa a que deu causa”.¹⁸

Genival Veloso de França, ao admitir tal hipótese, traz à luz à regra do art. 945, do Código Civil que preceitua que: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será

¹⁷ KALLAS FILHO, op. cit., p. 142.

¹⁸ HOSANG, op. cit., p. 60.

fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.¹⁹

Portanto, em caso de culpa concorrente tal será considerado no valor da indenização.

Contudo, é importância posicionar-se no sentido de que a questão deve ser analisada com cautela, sem descuidar da apuração da violação dos deveres impostos tanto ao médico quanto ao paciente. Há que se sopesar a questão, a fim de que a pretexto de se garantir um pretense direito, não se macule ou viole outro. Há, ainda, que se atentar, assim, e de toda forma, ao princípio geral de boa-fé e à cláusula da segurança jurídica.

2.2.5. O fato da técnica

Kallas Filho, em estudo prestigiado no presente trabalho, propõe a introdução do “fato da técnica” como “uma nova excludente de responsabilidade civil do médico”.²⁰

Esclarece, a esse respeito, introduzindo o tema, que:

[...] um procedimento diagnóstico ou terapêutico, assim como uma técnica operatória, somente podem ser colocados em prática após a comprovação de sua segurança e eficácia, por meio de estudos e experimentos chancelados pela comunidade jurídica. [...] Ocorre que nenhuma técnica médica, principalmente as operatórias, pode ser considerada absolutamente segura. E aqui não se faz referência apenas ao risco de ineficácia do procedimento, mas ao risco de efetivo dano ao paciente. Toda operação tem características invasoras e agressivas potencialmente danosas, de forma que sua indicação baseia-se em uma análise de riscos e benefícios. A expectativa de benefícios que superem (e, portanto, façam “valer a pena”) os riscos do procedimento é o que determina as decisões do médico e do paciente. Tal não significa, entretanto,

¹⁹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Direito médico*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 309.

²⁰ KALLAS FILHO, op. cit., p. 142.

que o procedimento a ser realizado seja isento de riscos. Se é verdade que a perícia e a diligência do profissional, a qualidade dos materiais, o treinamento da equipe e o aparelhamento do hospital, podem reduzir significativamente os riscos de resultado adversos e de danos ao paciente, é também verdade que essa redução nunca será capaz de excluí-los completamente. E quando o dano experimentado pelo paciente decorre desses pontos de vulnerabilidade da própria técnica, dessa parcela de risco que não se pode controlar, está caracterizado o fato da técnica, com a exclusão da responsabilidade civil do médico. (grifei).²¹

A par das características peculiares dessa causa de não incidência da responsabilidade médica, observa o referido autor que o dano deve ser inevitável, mas não necessariamente imprevisível.²²

Contudo, e diversamente de outras causas aludidas que eximem o médico de responsabilidade, nesse caso, destaca-se, consoante as lições do prestigiado autor, que não há a descaracterização, o afastamento, do nexa causal entre a intervenção médica e o dano suportado pelo paciente.

Ocorre, em verdade, o afastamento da culpa, porquanto se constata que a técnica, muito embora de cunho predominantemente benéfico, aprovada pela comunidade científica e corretamente aplicada, acarretou danos ao paciente. Há, dessa forma, a concretização do potencial danoso inerente a determinada técnica médica.²³

Por relevante, Kallas, ainda bem diferencia o dano, que caracterizaria o “erro médico”, do dano que constitui o fato da técnica.

Kallas destaca que:

Enquanto o dano decorrente de negligência, imprudência ou imperícia (o chamado “erro médico”) pode ser evitado pela aplicação competente e diligente da técnica médica, o dano relacionado a

²¹ KALLAS FILHO, op. cit., p. 143.

²² *Ibidem*, 143.

²³ *Ibidem*, p. 143.

um fato da técnica somente poderia ser evitado ou minorado com a evolução da própria técnica científica.²⁴

Igualmente, o fato da técnica também se diferencia da complicação médica, pois, esta última possui conceito e significado mais amplo, compreendendo toda consequência indesejada de uma intervenção médica, incluindo aquelas decorrentes de negligência, imprudência e imperícia, e, bem ainda, aquelas outras que derivam de caso fortuito, força maior, fato de terceiro e culpa exclusiva da vítima. Dessa maneira, a complicação médica não exclui, necessariamente, a responsabilidade civil do médico.

Já o fato da técnica é mais restrito e somente se caracteriza naquelas complicações que guardem relação de causalidade com o tratamento ou intervenção médica e que sejam marcadas pela característica da inevitabilidade – o que afasta todas que decorrem de culpa do profissional.²⁵

Com efeito, seja em um procedimento operatório, sejam por ocasião da realização de exames, tratamentos clínicos ou quaisquer outras espécies de procedimentos, o fato da técnica estará caracterizado no momento em que o dano não decorrer de negligência, imprudência ou imperícia do profissional médico, mas, sim, de uma “limitação da própria técnica, ainda que corretamente, aplicada”.²⁶

Por se tratar de uma novel excludente, pondera Kallas que, em princípio, poder-se-ia cogitar que o reconhecimento do fato da técnica não afastaria, por si só, a culpa do médico, máxime diante do panorama da responsabilidade civil deste profissional.

No entanto, o prestigiado autor sustenta que, tendo em vista a dificuldade de o médico provar a ausência de culpa, no processo, – sobretudo, em razão de regras que permitem inversão do ônus da prova, reconhecimento excepcional de obrigação de resultado, etc. – o fato da técnica surge como relevante contribuição para a sua defesa em juízo.

²⁴ KALLAS FILHO, op. cit., p. 143.

²⁵ *Ibidem*, p. 145.

²⁶ *Ibidem*, p. 143-144.

É que, uma vez admitido o fato da técnica, o médico poderá ter a oportunidade de demonstrar que o dano decorre de concretização de um potencial danoso inerente à técnica empregada, a que o paciente teve necessariamente que ser submetido, como única forma de concorrer aos benefícios da intervenção.²⁷

Não se olvida, trata-se de valioso subsídio para que a análise da responsabilidade do médico seja efetivada de maneira, sobretudo, criteriosa e adequada, principalmente, à premissa de que o profissional não pode ser responsabilizado por todo e qualquer infortúnio.

No caso, afastada a culpa do médico e acolhido o fato da técnica, a hipótese de incidência da responsabilidade não se aperfeiçoou, porque ausente o elemento subjetivo (culpa).

Portanto, nesse contexto e ainda nesse caso, não é possível estabelecer-se uma “pré-responsabilidade” do médico para excluí-la, posteriormente, pelo reconhecimento do fato da técnica. Há destarte, com a caracterização do fato da técnica, também o reconhecimento de uma espécie de, por assim dizer, atipicidade do ilícito civil porventura atribuído ao médico, caracterizado pela não formação, pelo não desenvolvimento do nexa causal.

Todavia, alerta-se que, se, sob determinada ótica, o fato da técnica assegura ao profissional médico uma oportunidade concreta de defesa, não se deve descurar, de outro bordo, dos deveres médicos decorrentes da lei, da ética e da ciência, que, se não forem devidamente observados, podem redundar na caracterização da responsabilidade civil.

De todo modo, e como tem-se afirmado neste trabalho, a análise da caracterização ou não do fato da técnica dependerá sempre das circunstâncias de cada caso e da análise do imprescindível nexa causal.

3. A inversão do ônus da prova na responsabilidade civil do médico

Conforme assentado neste trabalho, à luz da exceção legal prevista no art. 14, § 4º, do CDC, a responsabilidade dos profissionais liberais é subjetiva, exigindo, pois, a culpa.

²⁷ KALLAS FILHO, op. cit., p. 144.

Ressalta, no entanto, Sanseverino, que dois aspectos devem ser considerados nesse tópico, quais sejam, a natureza das obrigações assumidas pelos profissionais liberais e a possibilidade de inversão do ônus da prova no sistema tradicional.²⁸

Em regra, as obrigações do profissional liberal, no nosso caso, o médico, assumidas com o cliente-paciente, são de meio.

A obrigação de resultado, como se viu no contexto do trabalho, é uma exceção, normalmente, assumida pelo cirurgião plástico, de tal modo que, quanto a este, incumbe o ônus da prova da inexistência de culpa, aplicando-lhe as regras normais da responsabilidade contratual. Não há, assim, que se aplicar, nesse caso, a inversão do ônus da prova.

Nas hipóteses de obrigações de meio, diversamente do quanto previsto no § 3º, do art. 14, do CDC – em que a lei atribui ao fornecedor o ônus de provar a inexistência do defeito na prestação de serviço – não há qualquer previsão no sentido de que o profissional liberal seja instado a comprovar a inexistência de culpa.

Portanto, e partindo da regra da responsabilidade subjetiva, ora reconhecida quanto aos profissionais liberais, dentre estes, repise-se, o médico, incumbiria ao paciente fazer a prova do dano, nexos causal e da culpa do médico.

Há discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de inversão do ônus da prova em tais demandas específicas envolvendo os profissionais liberais.

Assinala Sanseverino que a doutrina majoritária tem manifestado, favoravelmente, a possibilidade de inversão do ônus da prova ao atribuir ao profissional liberal o encargo de demonstrar que agiu com cuidado devido no cumprimento de suas obrigações perante o consumidor prejudicado²⁹.

O prestigiado Sanseverino, no entanto, adverte que:

Efetivamente a inversão do ônus probatório da culpa é uma questão processual, que não torna, por si só, objetiva a responsabilidade do profissional liberal. Na responsabilidade objetiva, a análise da

²⁸ IKALLAS FILHO, op. cit., p. 365.

²⁹ SANSEVERINO, op. cit., p. 367.

culpa é irrelevante, pois ela não constitui elemento do suporte fático do ato ilícito. Na responsabilidade subjetiva, a culpa é elemento essencial do suporte fático e, não demonstrada a sua presença (pelo consumidor) ou comprovada a sua ausência (pelo profissional liberal), a demanda será julgada improcedente.³⁰

Entretanto, Rui Stoco, ao analisar o ônus da prova, nas obrigações de meio e de resultado, externa o seguinte entendimento:

[...] Significa que, na obrigação de meios a responsabilidade do médico, ou seja, o seu atuar culposo, deve ser demonstrado pelo autor da ação. O ônus da prova é de quem alega, segundo a lei processual civil. Contudo, na obrigação de resultado, inverte-se o ônus da prova, cabendo-lhe provar que não agiu com culpa e que o resultado esperado e prometido não ocorreu por razões alheias à sua atuação, por força de qualquer causa excludente da responsabilidade, como, por exemplo, a culpa exclusiva da vítima. Em outras palavras, mas com o mesmo sentido – apenas como reforço do nosso entendimento – no primeiro caso (obrigação de meio) cabe ao contratante (paciente) demonstrar a culpa do contratado (médico). No segundo (obrigação de resultado) presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que os contratos em que o objeto colimado encerra um resultado, a sua não obtenção são *quantum satis* para empenhar, por presunção, a responsabilidade do devedor.³¹

Conforme mencionado alhures, difícil é a prova da culpa médica. Essa dificuldade, no entanto, pode se tornar superlativa, em alguns casos, caso o ônus seja atribuído ao paciente. Daí porque, no caso concreto, e visando restabelecer a igualdade entre as partes do processo, poderá o juiz proceder à inversão *ope judicis*.

³⁰ SANSEVERINO, op. cit., p. 367.

³¹ STOCO, 2011, p. 629-630.

Contudo, pondera Sanseverino que:

É claro que a decisão deverá estar fundamentada na forma devida, calcada em um juízo de verossimilhança das alegações do consumidor, principalmente quando a polêmica do processo, acima de tudo, repousar em torno de questões técnicas.³²

Assim, permanece firme a atenta observância dos requisitos da regra prevista no art. 6º, inciso VIII, do CDC, destacando-se a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência (principalmente técnica) do paciente. Isto é, deve haver uma forte probabilidade dos indícios apresentados pelo paciente que determinem, naquele caso concreto, a inversão do ônus da prova para que seja conferida ao médico a prova de que não agiu com culpa.

Com o novo CPC (Lei 13.105, de 16/03/2015), porém, e nos termos do quanto estatuído nos §§ 1º e 2º, do art. 373, – a que já se reporta – a ideia, quanto à possibilidade de atribuição diversa do ônus da prova, torna-se mais sólida, concreta e mais passível de aplicação, sobretudo, diante de – no dizer da lei – peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, nos termos da regra geral de distribuição do ônus.

Deste modo, o novo CPC torna plausível e abarca na sistemática processual a possibilidade de dinamizar o ônus da prova, o que fora iniciado pelo art. 6º, inciso VIII, do CDC, e que poderá incluir casos de difícil apreciação sobre a prova, tal como ocorre no erro médico, propondo, quiçá, uma solução mais ponderada sobre a questão.

Conclusão

O presente trabalho teve por objetivo discutir questões afetas a não incidência da responsabilidade civil médica, partindo-se da forma em que o CDC disciplina, como regra geral, a responsabilidade dos profissionais liberais.

³² SANSEVERINO, op. cit., p. 368.

A responsabilidade do médico é subjetiva, sendo certo que, em regra, este profissional exerce obrigação de meio, o que implica em concluir que deve direcionar seus esforços para promover a cura e a recuperação do paciente. Excepcionalmente, sua obrigação será de resultado no caso das cirurgias estéticas.

Adotou-se a nomenclatura “causas de não incidência da responsabilidade”, ao invés de “causas excludentes”, por considerar-se que, presente uma daquelas causas, há o rompimento do nexos causal, o que implica, ainda, em concluir que jamais existiu algum dever de indenizar. A ideia de “excluir” o fato, pressupõe ou, ao menos, induz a admitir que este existiu e depois, por alguma causa, foi excluído. Diversamente, a “não incidência” permite bem compreender que o pretensão de indenizar jamais existiu.

Aferir a culpa médica ou identificar alguma causa de não incidência da responsabilidade médica é questão tormentosa, que exige perquirição do nexos causal, mas que tem encontrado, em sua solução, grande evolução na doutrina e na jurisprudência.

Aguarda-se, sobretudo, diante das regras do ônus da prova previstas no *novel* CPC, que, entre outras, a questão quanto à responsabilidade médica e suas causas de não incidência possa ser melhor aprimorada.

O direito do consumidor à repetição do indébito em dobro

Fábio Calheiros do Nascimento
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

Como é cediço, a Lei Federal n. 8.078/1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor completa 25 anos neste ano de 2015. Não exatamente de vigência, tendo em conta que esse diploma efetivamente entrou em vigor apenas nos idos de 1991, mas, sim, de ingresso no ordenamento jurídico pátrio.

Reconhecido internacionalmente como uma lei avançada e muito bem redigida, ela se colocou, ao lado do Código Civil, como um dos principais diplomas legais do sistema. Se antes apenas o Código Civil tinha essa importância toda, a ponto de ser chamado de “constituição do cidadão comum”, o crescimento populacional, a urbanização e a fabricação em massa, entre outros fatores, fizeram com que essa realidade fosse alterada.

Não há quem não seja consumidor. Como a mídia gosta de ressaltar, o consumo se inicia pela manhã com o toque do alarme do aparelho eletrônico, com o banho no chuveiro antes do trabalho, com a ingestão de um copo de café, e assim segue por todo o dia, até que se finda de noite com o merecido descanso sobre o colchão recentemente adquirido com garantia.

O propósito explícito do Código de Defesa do Consumidor foi o de reequilibrar, tanto quanto possível, a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor, expressamente tido como vulnerável (art. 4º, I), e por isso foi bem detalhista.¹ Um dos campos em que havia esse desequilíbrio é a cobrança de dívidas por parte dos consumidores.

¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 94.

Como se extrai da doutrina, o abuso dos fornecedores que são credores não ocorre apenas no Brasil no que se refere à cobrança de dívidas.² E se esse abuso não encontra limites geográficos, também não encontra limites fáticos, com a subsunção de consumidores a situações de constrangimento e de cobrança em duplicidade.

O presente artigo visa analisar o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, que trata da repetição do indébito em dobro em caso de cobrança de dívida paga indevidamente pelo consumidor ao fornecedor. Por óbvio, sem pretender esgotar o tema, ele é dividido em apenas três partes, sendo que a última se subdivide em mais três.

Ele é iniciado com a análise da repetição do indébito no Código Civil de 1916, época em que surgiu a conhecida Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, que serviu, e ainda serve, de fundamento importante na análise da matéria. Depois, de modo bem sucinto, é apresentado o artigo 940 do Código Civil de 2002, mas com o objetivo de expor elementos que sirvam como paradigma de comparação com o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, na terceira e última parte, já entrando na análise do referido dispositivo normativo do diploma consumerista, ele é destrinchado de modo a ser analisado com mais acuidade. Primeiro é passado em revista o que se entende por cobrar, que foi o verbo escolhido pelo legislador consumerista para descrever a conduta incorreta do fornecedor. Nesse trecho, se faz um contraponto com o verbo demandar, escolhido pelo legislador civil.

Na sequência são explicados os motivos pelos quais a aplicação exclusiva do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor se limita àqueles casos em que o consumidor efetivamente paga a dívida indevida.

Por derradeiro, no trecho final deste artigo é perscrutada a questão mais interessante, isto é, o que se entende por “*engano justificável*”, o que perpassa tanto a compreensão do sentido e do alcance dessa expressão, como também da escolha da espécie de responsabilidade civil escolhida pelo legislador na imputação da repetição do indébito

² BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 339.

em dobro. Essa divergência acerca da espécie de responsabilidade é, por assim dizer, a cereja do bolo, pois é o tema de maior controvérsia na doutrina e na jurisprudência, ou, para ser mais preciso, entre doutrina e jurisprudência. É uma queda de braço que, é o que se espera, seja vencida pela doutrina.

1. A repetição do indébito no Código Civil de 1916

Dispunha o artigo 1.531 do Código Civil de 1916 que:

Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação.

Haurido do título 34 do Livro III das Ordenações Filipinas, que expressamente contém menção ao ato de demandar maliciosamente, o artigo 1.531 do Código Bevilacqua passou a ser interpretado e aplicado de modo a se exigir a má-fé do credor, como se verifica da conhecida Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal, datada de dezembro de 1963, que tem a seguinte redação: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1.531 do Código Civil”.

Essa exigência extraordinária consistente na presença da má-fé, que restou acolhida pela jurisprudência, adveio de lições doutrinárias no sentido de que a duplicação seria exagerada, e, por conta disto, em vez de se cogitar da possibilidade de redução da proporção dela, optou-se por restringir o campo de aplicação do dispositivo normativo aos casos de dolo. É isso que se infere da lição de Washington de Barros Monteiro, expressamente citado como fonte doutrinária em um dos julgados que serviram de base para a formulação da referida Súmula:

A propósito desse importante dispositivo legal cumpre salientar as seguintes aplicações práticas:
a) – sem prova de má-fé da parte do credor, que faz a cobrança excessiva, não se comina referida

possibilidade. A pena é tão grande e tão desproporcionada que só mesmo diante de prova inconcussa e irrefragável de dolo deve ela ser aplicada.

[...]

De ponderar que dita pena é para o caso de pedir o autor, com malícia, aquilo que já tinha recebido; de maneira que ela não cabe na hipótese em que o mesmo não logre obter integralmente o que pleiteia na ação. Se assim fora, toda vez que decaísse no pleito, total ou parcialmente, estaria o vencido obrigado a pagar ao réu o dobro do que estivera a reclamar judicialmente.³

Não é diferente a lição que se extrai da doutrina de José de Aguiar Dias, mas vale especialmente a menção a ela por conta da clareza com que expõe a quebra na sistemática de responsabilização civil, que se criou com a exigência de má-fé nos casos de repetição do indébito em dobro:

[...] a jurisprudência e os intérpretes da corrente dominante sentiram o excesso do artigo 1.531 (é o que tem aplicação mais constante) mas não o puderam localizar. A exorbitância só poderia estar na matéria de que cogita, isto é, na forma de liquidação que encerra e não no princípio geral da reparação por ato ilícito. De forma que o corretivo a aplicar às possíveis demasias da lei, transcrevendo, literalmente, um dispositivo draconiano das Ordenações, devia visar ao *quantum* da pena, porque ela é que envolveria descompensação, e não ao critério, que outro não era senão o aplicado a simples imprudência ou negligência, não se compreendendo que um Código que reconhece a responsabilidade em face de culpa leve abrisse, para a cobrança indébita, uma exceção estranha, que forra ao dever de reparação essa mesma culpa, ou até a culpa grave, pois só se comove em face da malícia ou dolo do autor.⁴

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 5, 2ª parte, p. 410.

⁴ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II, p. 86-87.

Para o referido autor, não só era descabida a limitação da responsabilização civil do credor à situação em que ele agisse dolosamente, como haveria mesmo uma presunção de culpa *juris tantum*, de tal modo que caberia a ele, credor, a demonstração de que seu erro era escusável, para que então escapasse ao dever de reparar.

Essa interpretação do artigo 1.531 dada por José de Aguiar Dias tinha realmente todo o sentido, afinal de contas, estando o dispositivo normativo dentro do título referente às obrigações por atos ilícitos e se podendo tranquilamente extrair dos artigos 159 e 160 desse mesmo diploma legal que o ato ilícito se configurava tanto com a presença do dolo quanto da culpa, inexistia fundamento legítimo para se excluir a culpa das hipóteses ensejadoras de aplicação do artigo 1.531 do Código Civil de 1916.⁵

A despeito dessa crítica de peso e de ser regra básica de interpretação que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo, a interpretação que prevaleceu acerca do referido artigo 1.531 até o fim da vigência do Código Civil de 1916 foi no sentido de que a má-fé tinha de ser comprovada pelo devedor cobrado para que então ele passasse a ter direito de receber em dobro o valor exigido.

2. A repetição do indébito no Código Civil de 2002

O artigo 940 do Código Civil atual contém redação idêntica à do artigo 1.531 do Código Civil de 1916. Nessa linha, é de se dizer que para a incidência dele, ao menos no período inicial de sua interpretação se passou a exigir, em primeiro lugar, o ajuizamento de ação judicial visando ao recebimento da quantia já paga, no todo ou em parte, de modo indevido, não bastando a simples exigência de pagamento; e, em segundo lugar, a má-fé do credor, o teor da Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal.

O julgado abaixo do Superior Tribunal de Justiça evidencia a exigência desses dois requisitos para a aplicação desse dispositivo normativo do Código Civil de 2002:

⁵ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007. p. 375-383.

Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de repetição de indébito. Duplo pagamento de insumos adquiridos por grande produtor rural. Pretensão veiculada com fundamento no CDC. Aplicação do direito à espécie. Possibilidade. Devolução simples do valor indevidamente pago. Aplicação dos arts. 964 e 965 do CC/16. Alegação de mora do credor. Inexistência. Juros moratórios contratuais. Data de início da incidência dos juros moratórios. Multa em face do alegado caráter protelatório dos embargos de declaração. Necessidade de fundamentação.

[...]

– Não é cabível a aplicação do art. 1.531 do CC/16, atual art. 940 do CC/02, porque aquele exige a cobrança injustificada por meio de ‘demanda’, ou seja, por ação judicial, além da ocorrência de má-fé do pretense credor.

– Como ambas as circunstâncias estão ausentes na presente hipótese, autoriza-se, apenas, a restituição simples do pagamento indevido, com fundamento nos arts. 964 e 965 do CC/16.

[...]

(STJ – 3ª T., REsp 872666/AL, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14.12.2006)

Assim como o antigo artigo 1.531 do Código Civil de 1916, o atual artigo 940 do Código Civil de 2002 continuou sendo alvo de críticas doutrinárias no tocante à exigência de comprovação da má-fé por parte do devedor indevidamente cobrado pelo credor, para fins de recebimento da repetição do indébito em dobro. É o que se verifica, por exemplo, da doutrina de Cláudio Luiz Bueno de Godoy:

Para a responsabilização presente, havia sido sumulado, ainda sob a égide do CC/1916, o entendimento de que a sanção somente pudesse ser exigida quando a cobrança indevida ou excessiva dimanasse de má-fé do credor (Súmula n. 159 do STF), orientação a que não se acede, reiterando-se, como já dito em comentário ao art. 939, que melhor se considera que incida a penalidade por princípio, ressaltando-se ao credor apenas a

demonstração de que foram tomadas todas as medidas razoáveis esperadas para evitar a ocorrência, mesmo assim consumada.⁶

3. A repetição do indébito no Código de Defesa do Consumidor

O valor jurídico correspondente à vedação do enriquecimento sem causa se espalha por vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, como não poderia deixar de ser, afinal de contas, se ele é importante para todo o ordenamento jurídico, o é ainda mais para este diploma legal, que veio à tona com o objetivo claro de reequilibrar as relações jurídicas entre consumidores e fornecedores, naturalmente desequilibradas pela vulnerabilidade daqueles, como evidenciam os incisos I e III, parte final, de seu artigo 4º.

O artigo 18, § 1º, inciso II e o artigo 20, inciso II da referida lei são dois exemplos claros de vedação ao enriquecimento sem causa por expressarem a restituição de valores pagos pelo consumidor em caso de extinção do negócio jurídico.

O dispositivo mais interessante, quando se trata de vedação ao enriquecimento sem causa, no entanto, é aquele previsto no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo único, pelo fato de ele tratar, mais uma vez, a reboque dos supracitados artigos 1.531 do Código Civil de 1916 e 940 do Código Civil de 2002, da devolução em dobro do valor indevidamente cobrado, e, ainda, por outro lado, por excepcionar a obrigação do fornecedor no caso de engano justificável.

A redação do referido dispositivo é a seguinte:

Art.42. [...]

Parágrafo único - O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

⁶ GODOY, Cláudio Luiz Bueno de et al. *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007. p. 784-785.

Consoante lição de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, esse artigo não constava do projeto original do Código oriundo da comissão de juristas. Ele foi acrescido pelo substitutivo Ministério Público – Secretaria de Defesa do Consumidor.⁷

Alguns pontos o distinguem dos artigos anteriormente analisados, presentes no Código Civil de 1916 e no Código Civil de 2002.

3.1. Cobrar não é demandar

Tanto no Código Civil de 1916 (art. 1.531) quanto no de 2002 (art. 940) o legislador optou por usar o verbo “*demandar*” no contexto da repetição do indébito em dobro. Não foi essa a escolha do legislador consumerista. Ele optou pelo verbo “*cobrar*”, o que foi compreendido pela doutrina e pela jurisprudência como uma deliberada decisão pela inexigibilidade de ação judicial para a incidência da regra do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. Dessa decisão duas inferências podem ser feitas: a primeira, que a regra incide se houver cobrança judicial ou extrajudicial, tanto faz; a segunda, que a regra somente incide se houver cobrança extrajudicial.

Para Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin o artigo 42 está na Seção V do Código de Defesa do Consumidor e nesta parte do diploma não são tratadas questões judiciais.⁸ Sendo assim, a interpretação adequada seria a segunda, repetindo-se o indébito em dobro com base na lei consumerista apenas nos casos de cobrança extrajudicial.

Não é essa a opinião de Luiz Antônio Rizzato Nunes, para quem “seria pueril afirmar que na cobrança abusiva, só por ser judicial, o credor não responde pelas penas do parágrafo único do art.42.”⁹ Ainda conforme o referido autor, “como é que uma atitude abusiva se transmutaria em lícita apenas pelo fato do ajuizamento da medida? Se assim fosse, bastaria dar entrada em ações judiciais para, burlando a lei, praticar toda sorte de abusos”.¹⁰

⁷ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., p. 338-339.

⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., p. 348.

⁹ NUNES, Luiz Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 580-581.

¹⁰ NUNES, Luiz Rizzato. Op.cit., p. 581.

Ele segue a primeira corrente de interpretação supracitada, que realmente parece ser a mais correta. Tanto faz se a cobrança é judicial ou extrajudicial. O Código de Defesa do Consumidor incide porque há uma relação de consumo, ainda que não exista contrato, por conta da aplicação do artigo 29 do referido diploma, que não desaparece com o ajuizamento da ação. Ademais, onde a lei não diferencia, não cabe ao intérprete fazê-lo. Tendo a lei dito apenas cobrar, e sendo certo que a cobrança pode ser judicial ou extrajudicial, o dispositivo normativo em tela deve incidir em ambos os contextos fáticos.

A discussão não é meramente acadêmica, embora se o fosse já seria válida, afinal de contas, como já se verificou, para a incidência do artigo 940 do Código Civil a repetição do indébito, na visão da jurisprudência predominante, depende de má-fé do cobrador. De outro lado, para a incidência do artigo 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, já se aceita na jurisprudência tanto a má-fé, entendida como dolo, como também a culpa; e se espera que acabe por prevalecer, algum dia, a posição de que a regra consiste em uma presunção de culpa do fornecedor, o que é ainda mais benéfico para quem foi cobrado, no caso, o consumidor.

3.2. A devolução deriva do pagamento efetivo do consumidor

Interpretar é extrair o alcance e o significado do dispositivo normativo. A interpretação deve respeitar os limites semânticos expressos na lei, sob pena de se fazer substituir a escolha democrática feita pelo legislador pela escolha do intérprete, que pode até ser melhor do que a do legislador, mas certamente não é legítima. Nesse sentido é a explicação de Elival da Silva Ramos:

O primeiro e principal desses parâmetros consiste na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma. Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador, é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele a aderência à textualidade do dispositivo

aplicado. O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados.¹¹

No caso da interpretação do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, é importante que esses limites semânticos do dispositivo normativo sejam respeitados no que se refere ao uso do termo “pagou” por parte do legislador.¹²

O legislador foi claro ao dizer que o consumidor tem direito à repetição do indébito, mas estabeleceu como parâmetro para a repetição em dobro o valor que o consumidor pagou e não o valor que lhe foi cobrado. Quisesse o legislador que o valor cobrado indevidamente servisse de padrão para a repetição do indébito em dobro, não teria acrescentado a expressão “do que pagou em excesso”. Seria redigido o referido dispositivo da seguinte forma: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito em dobro, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

É exatamente isso que frisa James Eduardo Oliveira:

Ressalte-se, ademais, que a norma traduz punição que tem como premissas a irregularidade da cobrança e a concretude do pagamento indevido. Sem que tenha havido pagamento de dívida inexistente ou pagamento superior ao quantum devido, deixa de existir substrato fático explicitamente contemplado na norma de regência.¹³

Flávio Tartuce e Daniel Neves também fazem questão de salientar esse detalhe:

¹¹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 168.

¹² “O consumidor que é cobrado por uma quantia indevida, quer no total, quer no que se refere a eventual excesso, tem direito à devolução do que pagou a mais em dobro, salvo quando o engano for justificável, caso em que só haveria dever de devolução do valor singelo”. (NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. 6. ed. São Paulo: Verbatim, 2014. p. 207.).

¹³ OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 487.

Uma leitura apressada da norma pode trazer a conclusão de que a mera cobrança indevida é motivo para o pagamento em dobro do que está sendo cobrado. Todavia, como se nota, o dispositivo está tratando de repetição, o que, obviamente, exige o pagamento indevido.¹⁴

Não tem direito à repetição do indébito em dobro, portanto, o consumidor que simplesmente é cobrado indevidamente por dívida que já pagou, mas nada paga ao fornecedor. Claro que, nesse caso, não seria desarrazoado cogitar de indenização por danos extrapatrimoniais ao consumidor indevidamente cobrado, mas uma coisa não se confunde com a outra. A repetição do indébito deriva da vedação ao enriquecimento sem causa e a indenização da responsabilidade civil.¹⁵

Sem dúvida, isso abre a porta para a aplicação do artigo 940 do Código Civil de 2002, aplicável subsidiariamente por força do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, aos casos de consumidores que são apenas cobrados indevidamente, mas na esfera judicial.¹⁶

Em suma, portanto, há três situações distintas que precisam ser bem diferenciadas para que a vedação ao enriquecimento sem causa do fornecedor não acarrete justamente o enriquecimento sem causa do consumidor, pela inadequada interpretação do parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, especialmente no cotejo com o artigo 940 do Código Civil de 2002:

¹⁴ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 421.

¹⁵ Em sentido contrário: “Além disso, entendemos, através de uma interpretação extensiva e finalística, que o parágrafo único do art. 42 refere-se não só aos casos de pagamento em virtude de cobrança acima do valor devido (excesso), mas também àqueles casos em que o consumidor efetivou o pagamento total e, ainda assim, continua a ser cobrado pelo fornecedor (inexistência de débito). Em resumo, a norma diz respeito à quantia cobrada indevidamente, seja por valor superior ao devido, seja por obrigação já cumprida”. (MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAL, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 214.).

¹⁶ “O art. 7º do CDC é uma interface permeável do CDC com o sistema geral do direito civil. É uma cláusula de abertura desse microsistema, que não deseja ser exaustivo. O mandamento constitucional de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, da CF/1988) deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo de fontes, e não somente através do Código de Defesa do Consumidor, mandado elaborar pelo art. 48 do ADCT. O chamado ‘direito do consumidor’ tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as leis ordinárias, os tratados, os princípios gerais e os costumes. Em resumo, sempre que outra lei assegure algum ‘direito’ (não um dever!) para o consumidor, esta lei pode se somar ao CDC, ser incorporada na tutela especial, ser recebida pelo microsistema do CDC e ter a mesma preferência no trato das relações de consumo que o CDC”. (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 357.).

1. consumidor cobrado extrajudicialmente por quantia já paga, mas que não paga nada ao fornecedor – perdas e danos (eventualmente);
2. consumidor cobrado, judicial ou extrajudicialmente, por quantia já paga e que paga novamente a quantia ao fornecedor – repetição do indébito em dobro (art. 42, par. único, CDC) – salvo se houver engano justificável do fornecedor +- perdas e danos (eventualmente);
3. consumidor cobrado judicialmente por quantia já paga, mas que não paga nada ao fornecedor – repetição do indébito em dobro (art. 940, CC/02) + perdas e danos (eventualmente).

3.3. O engano justificável

O preceito contido no parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor tem caráter claramente punitivo. É essa a opinião de boa parte da doutrina especializada.¹⁷ Para que essa punição não ocorra, a norma abre exceção para o “engano justificável”.

Ao abrir essa exceção à punição do fornecedor, a lei gera duas questões para a doutrina e a jurisprudência, quais sejam: o que se entende por engano justificável e a quem incumbe fazer a prova de que houve ou não houve o referido engano.

Como leciona Bruno Miragem, o “engano justificável” assemelha-se em muito ao erro substancial do artigo 138 do Código Civil, na parte em que consta que ele “poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.¹⁸ Essa opinião é compartilhada por Flávio Tartuce e Daniel Neves.¹⁹

¹⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção, op. cit., p. 421; MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 393, 2011; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., p. 347.

¹⁸ MIRAGEM, Bruno. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 395, 2011.

¹⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 421.

É interessante essa analogia, porque o erro também pode ser de direito e parece que a jurisprudência aceita mesmo que o engano seja tanto fático quanto jurídico, como se pode extrair das ementas indicadas abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. TARIFA. COBRANÇA INDEVIDA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CULPA OU MÁ-FÉ. ENGANO JUSTIFICÁVEL. PRECEDENTES.

1. A controvérsia dos autos cinge-se à aplicação do parágrafo único do art. 42 do Código de Defesa do Consumidor (restituição em dobro). O escopo do mencionado artigo é evitar a inclusão de cláusulas abusivas e nulas que permitam que o fornecedor de produtos e serviços se utilize de métodos constrangedores de cobrança.

2. Na hipótese dos autos, a cobrança indevida se deu em razão de interpretação equivocada de legislação estadual (Decreto Estadual n. 21.123/83), com o consequente enquadramento incorreto da entidade recorrente, o que, nos termos dos mais recentes precedentes desta Corte, afasta a atração do referido artigo.

3. Caracterizado engano justificável na espécie, notadamente porque o Tribunal de origem, apreciando o conjunto fático-probatório, não constatou a presença de culpa ou má-fé, é de se afastar a repetição em dobro.

4. Precedentes: REsp 1.099.680/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29.3.2011; AgRg no REsp 1.105.682/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16.2.2011; AgRg no Resp 1.151.496/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 2.12.2010.

Embargos de divergência improvidos.

(STJ - 1ª Seção, EREsp 1155827/SP, rel. Min. Humberto Martins, j. 22.06.2011)

ADMINISTRATIVO. FORNECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. ANÁLISE DA PRESENÇA DE ENGANO JUSTIFICÁVEL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte entende que é cabível a devolução em dobro nos casos de cobrança indevida de tarifa de água, salvo comprovação de engano justificável. Entretanto, a verificação da presença de tal requisito enseja análise de matéria fática, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ - 2ª T., AgRg no REsp 1505340/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 21.05.2015).

A segunda questão, mais complexa, e que gera grande debate doutrinário e jurisprudencial, diz respeito à espécie de responsabilidade civil de que se trata no dispositivo legal em comento. Trata-se de responsabilidade subjetiva pura e simples, de responsabilidade subjetiva com presunção de culpa do fornecedor ou de responsabilidade objetiva?

A ideia de que se trata de responsabilidade objetiva atrai autores de renome, tal como Bruno Miragem, que lida com a matéria nos seguintes termos:

Trata-se de regra que regula a ação de repetição de indébito pelo consumidor, a qual estabelece sanção para o fornecedor, correspondente ao exato valor do débito cobrado indevidamente. É de perceber que não se exige na norma em destaque, a existência de culpa do fornecedor pelo equívoco da cobrança. Trata-se, pois, de espécie de imputação objetiva, pela qual o fornecedor responde independente de ter agido ou não com culpa ou dolo. Em última análise, terá seu fundamento na responsabilidade pelos riscos do negócio, no qual se inclui a eventualidade de cobrança de quantias incorretas e indevidas do consumidor. [...] Neste sentido, a nosso ver, não procede o entendimento de que a repetição em dobro só será devida quanto demonstrada a culpa ou má-fé do fornecedor, caso contrário, o consumidor faria jus apenas à restituição do valor que pagou indevidamente.²⁰

²⁰ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 209.

Não parece ser adequada essa interpretação, contudo, pois ao se aceitar a adoção da responsabilidade objetiva, somente não seria responsabilizado o fornecedor com a repetição do indébito em dobro se conseguisse demonstrar o rompimento donexo causal, o que não ocorreria nem mesmo em situações corriqueiras e que costumeiramente são aceitas pela doutrina e pela jurisprudência como engano justificável, tal como o mau funcionamento da máquina ou a demora na entrega da cobrança.²¹ Com isso, talvez, à vista da desproporção, a jurisprudência poderia começar a criar outros óbices à aplicação da norma, tal como o fez com o artigo 935 do Código Civil de 1916 com a Súmula 159 do Supremo Tribunal Federal.

Nem se diga que a sistemática do Código de Defesa do Consumidor é a da responsabilidade objetiva e que essa interpretação representaria uma quebra de paradigma, pois além de haver dispositivos desse mesmo diploma excepcionando essa regra, tal como o artigo 14, § 4º, que trata da responsabilidade civil dos profissionais liberais, na espécie, vale salientar, não está a se lidar apenas com a repetição do indébito pura e simples, mas, sim, da punição com a repetição em dobro.

Sob esse prisma, se afigura mais razoável pensar na responsabilidade subjetiva, mas com presunção de culpa do fornecedor. A cobrança indevida seria o fator desencadeador da aplicação do artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, tendo o fornecedor o ônus de comprovar que, de sua parte, não houve sequer culpa leve. É essa a posição de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin, que menciona que “a prova da justificabilidade do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor”. Partindo de outro ponto de vista, também é essa a interpretação que tem Ezequiel Moraes acerca do tema:

Caso haja engano que justifique a cobrança de quantia indevida, o ônus da prova cabe ao fornecedor, nos termos do art. 6º, VIII (possibilidade de inversão do ônus da prova – como regra de instrução ou como regra de julgamento).²²

²¹ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Op.cit., p. 349.

²² MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. Op. cit., p. 215.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, salvo melhor juízo, a questão não está pacificada. No voto condutor do Ministro Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamin no REsp 1.079.064/SP, mencionado em vários julgamentos que envolvam o artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor como suposto divisor de águas no tribunal é possível inferir a adoção da responsabilidade subjetiva com presunção de culpa do fornecedor dos seguintes trechos:

Ocorre que esta Corte firmou entendimento inverso, de que basta a configuração de culpa para o cabimento da devolução em dobro dos valores pagos indevidamente pelo consumidor. Tive oportunidade de consignar, em trabalho doutrinário, que tanto a má-fé como a culpa (imprudência, negligência e imperícia) dão ensejo à punição tratada no dispositivo em comento. Nessa esteira, concluí que “o engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 408).

[...]

In casu, nota-se que a recorrida não se desincumbiu de demonstrar a ausência de dolo ou culpa na errônea cobrança da tarifa de água e esgoto [...]²³

Há arestos mais recentes, entretanto, que tratam a matéria de outra forma, dando a entender que não há uma posição pacífica, como se verifica abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA COBRANÇA ABUSIVA. LIMITAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. TAXA ANUAL SUPERIOR AO DUODÉCUPLO DA TAXA MENSAL DE JUROS. PACTUAÇÃO. SÚMULA 83/STJ. TAC E

²³ STJ - 2ª T., j. 02.04.2009, DJe 20/04/2009.

TEC. FUNDAMENTO AUTÔNOMO E SUFICIENTE PARA MANTER O ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. REPETIÇÃO SIMPLES DO INDÉBITO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

[...]

6. Quanto à repetição do indébito, esta eg. Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de seu cabimento na forma simples, pois a devolução em dobro dos valores pagos pelo consumidor somente é possível quando demonstrada a má-fé do credor.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - 4ª T., AgRg no AgRg no AREsp 618411/MS, rel. Min. Raul Araújo, j. 26.05.2015).

Conclusão

No direito, raramente se pode dizer que uma interpretação é errada. No mais das vezes, há argumentos para sustentar mais de uma interpretação ao mesmo dispositivo normativo. Não bastasse essa dificuldade, que acaba por impactar a segurança jurídica, há a dificuldade de se adaptar a interpretação à realidade social. Como ensina Clóvis Bevilacqua:

Supor que há somente uma interpretação exata, desde que a lei é publicada até aos seus últimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não é um objeto de conhecimento, mas ‘um instrumento para se alcançarem os fins humanos, para fomentar a cultura, conter os elementos anti-sociais e desenvolver as energias da nação.’²⁴

Pois bem, quando alguém se propõe a escrever sobre a interpretação de um dispositivo normativo, é evidente que há a intenção de reforçar uma interpretação possível, seja por argumentos jurídicos, seja por argumentos sociais.

²⁴ BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007. p. 65.

Na espécie, o propósito específico foi o de mostrar que a melhor interpretação para o parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor precisa se descolar totalmente da interpretação que se dava ao antigo artigo 1.1531 do Código Civil de 1916 e que se dá, ainda, ao artigo 940 do Código Civil, ao menos por parte da jurisprudência predominante.

Em virtude dos termos escolhidos pelo legislador consumerista, o referido dispositivo normativo parece adequar-se melhor à realidade social, especialmente do mercado de consumo, se for interpretado no sentido de que cabe a repetição do indébito em dobro tanto na cobrança judicial como na extrajudicial, desde que tenha havido efetivo pagamento do valor indevido por parte do consumidor.

Também parece ser mais adequado ao escopo de reequilibrar a relação jurídica entre fornecedor e consumidor que esse artigo seja interpretado de modo a ser presumida a culpa lato sensu do fornecedor nesta cobrança indevida, ficando o fornecedor então com o ônus de demonstrar que houve engano justificável. Como visto, a doutrina diverge acerca da espécie de responsabilidade civil que deve ser adotada nesse contexto, mas parece já haver uma posição predominante quanto à responsabilidade subjetiva com presunção de culpa do fornecedor. O problema está na interpretação que é dada pelo Superior Tribunal de Justiça, o último intérprete da legislação infraconstitucional e incumbido de transformar os anseios do legislador em realidade. A par de ter parecido se definir pelo mesmo caminho da presunção de culpa do fornecedor em determinado momento, há vários julgados desse mesmo tribunal atribuindo ao consumidor o ônus de provar a culpa do fornecedor.

O que se espera com este singelo artigo é que as ideias defendidas ajudem a reforçar a posição daqueles que com ela compactuam e a convencer aqueles que pensam de modo diverso, especialmente se escolhidos para transformar a realidade por meio de decisões judiciais.

Referências bibliográficas

BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Servanda, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950. v. II.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de et al. *Código Civil comentado*. PELUSO, Cezar (Coord.). Barueri: Manole, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

_____. Pretensão de repetição de indébito do consumidor e sua inserção nas categorias gerais do direito privado. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 79, p. 385-403, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 5, 2ª parte.

MORAIS, Ezequiel; PODESTÁ, Fábio Henrique; CARAZAI, Marcos Marins. *Código de Defesa do Consumidor comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. 6. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

NUNES, Luiz Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, James Eduardo. *Código de Defesa do Consumidor anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor: direito material e processual*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

Métodos consensuais na pacificação das relações de consumo e os reflexos trazidos pelo novo CPC

Maria Lúcia Ribeiro de Castro Pizzotti Mendes¹

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

1. Introdução

Após décadas de litigiosidade contida, reprimida, com dificuldade de acesso à Justiça, vemos hoje uma inegável litigiosidade expandida, evidenciando um consumidor mais atento, conhecedor de seus direitos, mais reivindicador.

Estariamos de frente à realidade nova, de um cidadão mais litigante, de uma sociedade mais conflituosa, de um excesso injustificado de demandas? Penso que essa é só a aparência de uma realidade que, de fato, traz em seu bojo o aumento dos conflitos humanos e consumeristas em grande escala, mas, que na essência, evidencia a verdadeira causa dessa atual litigiosidade aumentada incomensuravelmente, no que tange às relações consumeristas: vivemos em um país pouco afeito ao cumprimento das leis, de regras em geral, e, especialmente, que tem dificuldade de cumprir ou fazer valer a efetivação das cláusulas contratuais nos contratos de consumo.

¹ Desembargadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde 2014 (30ª Câmara de Direito Privado). Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, desde 1988. Mestrado (Direito Processual Penal) e Bacharelado pela Pontifícia Universidade Católica/SP. Curso de Aprimoramento Docente GVLaw (SP, 2015). Atuou como Juíza Coordenadora do Setor de Conciliação do Fórum João Mendes Júnior - no período de 2004 a 2008; Coordenadora da Área de Métodos Alternativos de Pacificação de Conflitos da Escola Paulista de Magistratura. Professora Universitária. Professora da Escola Paulista da Magistratura, nos cursos de iniciação e merecimento de Magistrados, de Pós-Graduação em Direito do Consumidor e em Métodos Alternativos, bem como dos cursos de formação e capacitação de Mediadores e Conciliadores da Escola Paulista da Magistratura. Vencedora do prêmio Innovare, do Ministério da Justiça, no ano de 2005, na categoria Juiz Individual, pelo Projeto de Conciliação executado no Setor de Conciliação de Primeiro Grau do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

E muitas são as razões para esse fenômeno negativo contemporâneo.

Primeiramente, uma grande parte das relações consumeristas é fulcrada na palavra, ou seja, sob a ótica do ordenamento jurídico, decorre de contratos verbais, em geral, “mal combinados”.

Mas, precipuamente, a razão mais evidente é a intencional elaboração de contratos, em sua grande maioria, recheados de cláusulas pouco claras, dúbias, com afronta direta aos princípios basilares da informação e da transparência, que devem reger os contratos firmados entre fornecedores e consumidores; ou, ainda pior do que isso, o fato de que muitas dessas cláusulas simplesmente não são cumpridas, em reiteração de conduta, pelos fornecedores, em especial, nos contratos de massa, quais sejam, aqueles diuturnamente estabelecidos com a quase totalidade de consumidores, que têm por objeto serviços imprescindíveis como os fornecimentos de luz, água, telefonia, serviços de saúde, comércios virtuais, ou outros igualmente imprescindíveis na realidade atual, como os que envolvem pontos de internet, televisão a cabo, serviços bancários e outros.

E tal descumprimento advém de diversos fatores, como a elaboração de cláusulas com prazos e condições que, de antemão, o fornecedor sabe que não poderá cumprir, mas, ainda assim, as estabelece, para garantir a contratação, ou mesmo aquelas que afrontam, diretamente, normas principiológicas constantes do Código de Defesa do Consumidor, decisões judiciais decorrentes de recursos ou de Súmulas dos Tribunais Superiores, que mesmo determinando, de forma reiterada, procedimentos aos fornecedores ou impeditivos contratuais, encontram por parte destes o menoscabo ou a inobservância no caso concreto.

Constatando, pois, que vivenciamos, cada vez mais, a nefasta prática de não se cumprir a lei, culminamos em um já intolerável excesso de demandas, que muitas vezes, não logram êxito em obter uma solução satisfatória, tanto pela demora característica do processo judicial – que em inúmeras relações de consumo, por si só, não permite ao consumidor ter aquilo de que necessita em tempo hábil – como também acabam as decisões judiciais por não ter eficácia, já que mesmo determinando uma obrigação de fazer em sentença final, acabam por ter de convertê-la em multa pelo descumprimento, pois pelo passar do tempo, em muitas hipóteses, o cumprimento de tal obrigação de natureza consumerista, ou não mais é possível se dar, ou não mais interessa ao consumidor postulante.

Esses e outros tantos fatores, levam a constatações lastimáveis, como, por exemplo, uma delas noticiada pelo Jornal Folha de São Paulo aos 18 de agosto de 2013, de que desde o ano de 2000, houve aumento de 300% nas ações de natureza consumerista.

Ora, se já somos um país com 100 milhões de processos, número este que, por um raciocínio meramente matemático, pode representar que cada um dos 200 milhões de brasileiros tem ao menos um processo na Justiça, visto que em cada demanda há, no mínimo, duas partes; assim, o cálculo de um processo, *per capita*, por brasileiro, leva à conclusão de impossibilidade de solução imediata para tantos conflitos envolvendo o consumidor!

2. Colaboração do Novo Código de Processo Civil

Contudo, uma luz no fundo desse túnel aparentemente sem saída foi acesa, e justamente por quem detém a ferramenta procedimental na judicialização dos conflitos: o processualista civil.

Isto porque, com o advento do novo Código de Processo Civil, atualmente cumprindo o seu período de “*vacatio legis*”, acaba por incluir, expressamente, em sua nova formatação, disposições específicas sobre a conciliação e a mediação, sob a ótica processual.

Tenho dito que por mais que eu sempre tenha ambicionado mais progresso e efetivação nessa área que envolve a mediação e a conciliação dentro do campo da Justiça, custava a crer que justamente o processualista civil abarcaria, de maneira tão pontual e precisa, a importância desses métodos autocompositivos, inserindo-os no contexto procedimental e dando-lhes a importância que, até o momento, sob o âmbito do processo, eles não haviam obtido. Mas foi o que se deu, para a minha grata surpresa.

E sobre isso, traçarei algumas linhas para reflexão deste novo e importante tema, na segunda parte deste artigo, após a apresentação das premissas que demonstram os problemas do atual sistema de justiça.

3. Obstáculos à efetivação da Justiça no âmbito do Direito do Consumidor: morosidade, alto custo e falta de efetividade

Sempre me parece relevante lembrar os óbices à satisfação do consumidor em ver o seu direito acolhido e concretizado que o sistema

atual de Justiça acaba representando, na medida em que o altíssimo custo de uma demanda judicial, somado à excessiva morosidade e falta de efetividade são entraves, indiscutíveis, ao reconhecimento do direito do consumidor, diante da frustração que a quebra do contrato firmado com o fornecedor traz.

Vou explicitar, sucintamente, cada um desses quase intransponíveis óbices: morosidade, alto custo e falta de efetividade.

Objetivando explicar pontualmente alguns dos mais expressivos obstáculos ao bom êxito do processo, e que acaba por quebrar a expectativa do consumidor litigante por uma rápida e adequada solução para o seu conflito, destaco três deles: a excessiva morosidade, o alto custo do processo e a falta de efetividade da decisão judicial.

Quanto a eles, não se pode negar que é da natureza dos litígios de consumo o imediatismo, ou seja, a necessidade de uma solução célere, na medida em que os contratos de consumo, por sua própria natureza, são rotineiros à vida da pessoa física ou jurídica – esta, enquanto consumidor – e por isso, acabam por ser imprescindíveis às necessidades básicas do cidadão comum ou ao bom funcionamento das empresas, indústrias ou comércio, como, por exemplo, ocorre com o contrato de fornecimento de internet, energia, água, serviços bancários, seguros em geral, telefonia e outros; e há também aqueles contratos pontuais, esporádicos, como os de aquisição de mercadorias ou serviços, que naquele momento em que por eles optaram os respectivos consumidores, geraram a expectativa da obtenção do que fora contratado, evidenciando, mais uma vez, a necessidade de uma solução premente, em caso de descumprimento contratual.

Da mesma maneira, não posso me olvidar de inserir neste tópico, também, as demandas que pretendem reverter eventuais negativações, oriundas de erros, cobranças indevidas, valores abusivos, contratos inexistentes, que geram para o consumidor um prejuízo de monta, muitas vezes, incalculável, não só sob o aspecto moral, como quanto ao dano material.

Contudo, há um desestímulo natural por parte do consumidor para demandar contra o fornecedor descumpridor do contrato, por conta da excessiva demora na solução de seu problema, na medida em que postular perante o Judiciário é muito oneroso, não só pelas altas custas judiciais, como pela necessidade de pagamento dos honorários advocatícios. E nem se diga que os Juizados Especiais suprem essa situação, pois a uma, a legislação pertinente aos Juizados é restritiva em valor

de postulação e em matéria, objeto do litígio; e, a duas, porque o excessivo número de processos que nele tramita, gerando uma demora exagerada para a sua finalização, acaba por prejudicar, ainda mais, aquele consumidor, pois o seu litígio consumerista, que sempre se reflete patrimonialmente, já que as relações de consumo têm característica onerosa. Assim, a morosidade nos processos, também dos Juizados, transforma-se em maior custo, pois muitas vezes o consumidor não pode esperar e acaba, com isso, arcando com os danos que o litígio de consumo lhe causou, sem conseguir resolvê-lo.

Assim, os obstáculos ao atendimento da pretensão do consumidor, quanto ao seu conflito, representados pela excessiva morosidade no trâmite processual e no alto custo do processo acabam por se fundir e não viabilizar a solução pretendida.

Mas, um terceiro obstáculo, como suprarreferido, completa o retrato, resumido, das mazelas do atual sistema de Justiça, que no âmbito do direito do consumidor, acabam por tornar a maioria dos litígios consumeristas insolúvel, visto que não mais do que 10% de consumidores vêm à Justiça postular os seus direitos, enquanto a grande massa dos 90% deles remanesce frustrado e sem solução para o seu conflito. Esse terceiro obstáculo é justamente a falta de efetividade da decisão judicial.

Vê-se, em grande parte dos litígios de consumo que a decisão judicial, comumente, não reverte concretamente em favor do consumidor, pois ainda que este seja bem-sucedido no deslinde do processo, em vista do longo passar de tempo entre o conflito e a decisão judicial final – transitada em julgado – da demanda, o prestador de serviços já não tem como cumprir o judicialmente determinado, convertendo-se, aquela decisão, em valores em favor do consumidor, mas que certamente não substituem a entrega ou prestação daquilo que fora contratado. Isso, ainda, sem me esquecer de mencionar as decisões judiciais que, por razões diversas, até processuais, muitas vezes cuidam do processo, mas não do litígio - como nas palavras do brilhante José Renato Nalini, ocupam-se esses processos e consequentes decisões judiciais “mais da ferramenta do que da substância”, deixando, assim, o problema da parte, o conflito, em segundo plano.

Além desses três aspectos suscintamente elencados, destaco que outra dificuldade para a melhor solução dos conflitos de consumo pela via judicial é, sem dúvida, o afastamento, cada vez maior, do Juiz de seu jurisdicionado. E isso se percebe, claramente, primeiro pelo fenômeno negativo do número cada vez menor de audiências designadas,

inclusive as de conciliação no processo que tramita pelos Juizados Especiais, o que é, para se dizer o mínimo, uma enorme distorção em face do procedimento especial criado para os mesmos, no qual a audiência de conciliação é, e nunca deveria ter deixado de ser, imprescindível à melhor obtenção de êxito na solução do conflito consumerista.

No entanto, lastimavelmente, cada vez mais vem-se adotando um expediente nefasto à verdadeira pacificação dos conflitos, pois a inviabiliza, a partir do ajuizamento da demanda, que é o de muitos Juízes de Juizados determinarem aos seus funcionários que nos litígios de massa não se devem designar audiências de conciliação, pois se tratam de matérias, em geral, de direito, prescindindo de dilação probatória, e sendo demandas a envolver os chamados conflitos repetitivos, não haveria possibilidade de acordo.

Sem dúvida, esse é um dos maiores despautérios da atualidade forense, na medida em que não só interfere no procedimento legal estatuído pela própria lei dos Juizados, como também, e principalmente, tira das partes a oportunidade de, enfim, se encontrarem frente a frente, consumidor e fornecedor – este através de seu respectivo preposto – para não só permitirem uma primeira comunicação sobre os fatos, e por via de consequência, tentarem buscar uma solução consensualizada.

E sobre este aspecto da comunicação, necessito fazer mais uma ressalva importante.

Há muito já se sabe, e em outras oportunidades já escrevi sobre isso, que a comunicação está no cerne do estudo sobre conciliação e mediação, que as suas técnicas são o alicerce a muitas das técnicas dos métodos consensuais e, precipuamente, que a ausência ou defeito na comunicação entre consumidores e fornecedores, em geral, representa o nascedouro do conflito, pois é da inexistência de comunicação entre os consumidores em geral e os prestadores de serviços ou fornecedores de produtos que começam os problemas de natureza consumerista, e que na grande maioria das vezes faz nascer o conflito que acaba por ensejar a demanda judicial.

Sabe-se que o consumidor é apenas um número para o fornecedor, número este fonte de lucro, mas que tem enorme dificuldade em saber quem é exatamente a pessoa jurídica que representa a figura do fornecedor, por exemplo, nos casos de vício do produto, situação em que o consumidor, via de regra, não sabe para quem postular a substituição ou conserto do produto ou serviço, pois dentro da cadeia de consumo

há aquele que o fabricou, o que o distribuiu e o que firmou negócio comercial com o consumidor, de quem, em última análise, ele adquiriu o produto. E só para obter informações a respeito ou mesmo para conseguir que aquele que lhe vendera o produto se responsabilize pelo vício/defeito, sem tentar excluir-se de suas obrigações, impondo-as ao outro componente desta cadeia de consumo, já se inicia o conflito consumerista.

Atualmente, ainda no campo da inexistência de comunicação, há as relações consumeristas virtuais, que feitas pelos sites de venda/compra, diuturnamente, deixam o consumidor sem conseguir contatar o seu fornecedor, gerando, por isso, o início de mais um litígio.

Ainda, temos o defeito na comunicação entre o consumidor e o seu fornecedor, visto que ainda que existam, ao menos em tese, os denominados SACs – Serviços de Atendimento ao Consumidor – estes, na prática, como todos nós consumidores sabemos, por já termos tido, certamente, muitas vezes necessidade de contatá-los, se transformam em “serviços de tortura ao consumidor”, pois nada resolvem, utilizam-se das gravações ou atendimentos telefônicos padronizados, que não contam com preparo para atendimento de casos pontuais, sem garantia de prazos para solução, comprovantes de atendimentos ou garantias quanto ao pretendido pelo consumidor reclamante.

Veja-se, por isso, que bastaria que os fornecedores em geral profissionalizassem melhor suas empresas e equipes de trabalho, para que, com adequados e resolutivos atendimentos, pudessem evitar incontáveis conflitos que acabam por se tornar novas demandas judiciais.

Ainda, com relação ao problema da deficitária comunicação entre consumidores e fornecedores, destaco a ineficiente atuação das agências reguladoras, criadas para atuar no âmbito administrativo, portanto, preventivo ao ajuizamento de uma demanda judicial, pois inobstante questões político-partidárias sobre as quais não vamos ora tratar, estão distando muito do que delas esperam os consumidores brasileiros, pois na grande maioria dos conflitos na área de consumo, não têm elas conseguido lograr êxito em evitar que o consumidor se torne refém dos “podres poderes” daqueles que detêm a força securitária, a ferramenta vital dos planos de saúde, ou o controle bancário e financeiro da renda do cidadão e do comércio, das empresas, indústrias e agricultores, como também daqueles que mantêm o quase monopólio dos serviços de fornecimento de energia elétrica, água, internet, telefonia, etc., que acabam agindo em combinações e acertos entre si, ou

seja, entre todos os prestadores de serviços das respectivas áreas de atuação, não só quanto aos preços e encargos praticados, mas também quanto às regras cerceatórias dos direitos consumeristas, em afronta, especialmente, ao princípio sagrado da informação e transparência que deveria, sempre, reger os contratos de consumo.

E quanto a todas essas nefastas práticas, uma mais vigilante, fiscalizadora e punitiva atuação das agências reguladoras poderia, indubitavelmente, prevenir inúmeros conflitos de massa, que reiteram situações a vitimar analogamente os consumidores em casos idênticos, utilizando o seu poder de corrigir contratos, punir desmandos à lei e normas regulatórias e aplicar multas monetariamente expressivas, que visse, com isto, fazer esses fornecedores entenderem, de uma vez por todas, que a lei consumerista e as normas regulatórias existem, sim, para serem cumpridas integralmente!

4. Exemplos práticos

Na sequência, como forma ilustrativa de algumas das premissas nas quais estou me baseando para demonstrar o quão problemática está a situação do consumidor contemporâneo, em face do atual sistema de Justiça, como os problemas de comunicação entre consumidores e fornecedores, como também, o alto custo, a morosidade e a falta de efetividade das decisões judiciais, a seguir explicitado, passo a elencar alguns casos a envolver litígios de consumo, por mim julgados enquanto Desembargadora Relatora dos respectivos processos em Câmaras de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que exemplificam, de forma real, esses verdadeiros obstáculos à estabilidade e satisfação nas relações consumeristas, e, principalmente, mostram o que poderia ter sido feito pelos fornecedores, a evitar as decisões judiciais que, nos casos ora exemplificados, lhes oneraram, e muito, com a condenação pecuniária:

MATERIAIS E MORAIS – FRUSTRAÇÃO – PRODUTO NÃO ENTREGUE – EMPRESA INEXISTENTE – OFERTA ABUSIVA – DEVER DE INDENIZAR.

– Legitimidade passiva ‘ad causam’ – incontrovertida relação de direito material, inserida na relação de consumo, que fundamenta a pretensão processual – inteligência do art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor;

– Os sites de compras coletivas exercem intermediação relevante e remunerada na aproximação entre consumidor e fornecedor, de forma que integram a cadeia de consumo (art. 3º, da Lei n. 8.078, de 1990) – evento danoso que integra o risco da atividade exercida – precedentes – responsabilidade solidária das corrés;

– Pacífica a natureza consumerista do contrato, nos termos dos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor – direito básico de prevenção e reparação de danos (art. 6º, da Lei 8.078, de 1990);

– O descumprimento contratual pode, excepcionalmente, caracterizar dano extrapatrimonial – descumprimento da avença, ausência de entrega de bem móvel e retenção do valor pago por prazo superior a três anos, que viola elemento integrante da moral humana, constituindo dano (modalidades própria e imprópria) indenizável – inteligência dos artigos 186, 188 e 927 do Código Civil;

– Responsabilidade civil que tem o condão de punir condutas ilícitas, especialmente quando reiteradamente adotadas por justificativas econômicas (“lucro ilícito”);

– Indenização arbitrada de acordo com os paradigmas jurisprudenciais e com a extensão do dano (art. 944, CC) – R\$ 15.000,00; RECURSO PROVIDO. (TJSP, Ap. n. 0023581-46.2011.8.26.0006, 12ª Câmara Extraordinária – j. 29.08.2014).

APELAÇÃO – AÇÃO INDENIZATÓRIA – LEGITIMIDADE DE PARTE – CADEIA DE CONSUMO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – SITE DE ANÚNCIOS VIRTUAIS – DANOS MATERIAIS E MORAIS – FRUSTRAÇÃO – PRODUTO NÃO ENTREGUE – FRAUDE – OFERTA INVERÍDICA – DEVER DE INDENIZAR.

– Legitimidade passiva ‘ad causam’ – incontroversa relação de direito material, “intermediadora” inserida na relação de consumo, que fundamenta a pretensão processual – inteligência do art. 7º, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor;

– O site de “classificados” virtual exerce intermediação relevante e remunerada (indiretamente) na aproximação entre consumidor e fornecedor, de

forma que integra a cadeia de consumo (art. 3º, da Lei n. 8.078, de 1990) - evento danoso que integra o risco da atividade exercida – precedentes – responsabilidade, art. 389, do Código Civil;

– Inaplicabilidade da excludente de legitimidade do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 2014)
– responsabilidade por conduta própria da ré, hipótese que não se confunde a responsabilidade por conteúdo de terceiros (tutela específica da liberdade de expressão);

– Transação realizada por meio da plataforma oferecida pela própria intermediadora – ‘standards’ de comportamento vinculados ao público sujeito à utilização do serviço – especial densidade do dever de informação, em virtude da carência de compreensão do ‘internauta brasileiro médio’ (art. 422, do Código Civil);

– Ineficácia do termo de adesão genérico – sem efetiva oportunidade de ciência prévia do consumidor – cláusula ‘browse-wrap’ que permite supor a expectativa do consumidor de que estivesse num ambiente seguro e garantido pela requerida;

– Restituição do efetivo prejuízo do autor – indenização por dano material, natureza distinta de sanção civil – condenação ao pagamento de R\$ 900,00 (art. 402, do Código Civil);

– A conduta contratual e a frustração em desfavor do consumidor violam elemento integrante da moral humana, constituindo dano (modalidades própria e imprópria) indenizável – inteligência dos artigos 186, 188 e 927 do Código Civil. ‘Quantum’ arbitrado de acordo com a extensão do dano – R\$ 8.000,00 (oito mil reais) – artigo 944, do Código Civil; RECURSO PROVIDO. (TJSP, Ap. n. 0001741-37.2013.8.26.0126, 30ª Câmara de Direito Privado – j. 23.09.2015).

Vê-se, por esses três litígios julgados, quanto a falta de comunicação, por se tratar de compras virtuais, ensejou a demanda. Isto porque, inobstante as compras via *sites* facilitem, em muito, a vida do consumidor em geral, acabam por dificultar os seus questionamentos ou reclamações, pela dificuldade que eles têm de encontrar um campo,

nos mesmos *sites*, para contatos, ou ainda, por falta de endereço físico para formalização de pedidos ou dúvidas.

Ademais, nesses três casos, a negativa insistente quanto à existência de cadeia de consumo entre os intermediários virtuais, enquanto vendedores, e mais, a indesculpável colocação de alguns deles sobre a inexistência de lucros, quando evidentemente não está se tratando de organizações filantrópicas, demonstra, à evidência, como a falta de alicerce jurídico e fático poderia evitar uma demanda e levar-se ao melhor caminho que seria o consenso com o consumidor, o que resolveria o problema deste e, indubitavelmente, traria mais credibilidade aos *sites* envolvidos, evitando-se a condenação que, além de tudo, acaba por trazer expressivo prejuízo às empresas condenadas:

REPARAÇÃO DE DANO MATERIAL – AQUISIÇÃO DE BENS MÓVEIS – PAGAMENTO INTEGRAL COM ENTREGA PARCIAL – SOLIDARIEDADE ENTRE FABRICANTE E REVENDEDOR.

1 – Nos termos do art. 7º, parágrafo único, 18 e 20 do Código de Defesa do Consumidor, tanto o revendedor como o fabricante são solidariamente responsáveis pela reparação dos danos que causarem aos consumidores. Não se trata de solidariedade “presumida”, mas sim de efeito decorrente de lei, não havendo qualquer afronta ao ordenamento;

2 – Tanto a fabricante dos móveis como sua revendedora se beneficiaram e obtiveram lucro com a venda realizada em conjunto, recebendo duas vezes pelo pagamento do mesmo móvel adquirido. Ademais, a própria fabricante afirma que não entregou os produtos por não ter a revendedora lhe repassado os pagamentos correspondentes. Possuindo problemas com seus revendedores estes devem ser resolvidos entre eles, que lucram com suas atividades e assumem o risco daí advindo, sendo descabido repassar aos consumidores os ônus da atividade comercial;

3 – Mostra-se pouco provável que o consumidor tenha feito novo pedido para adquirir os mesmos produtos que já haviam sido por ele anteriormente pagos, mas que não foram entregues. Documentos carreados com a petição inicial que demonstram as reiteradas manifestações de insatisfação da adquirente

junto aos seus fornecedores, todas devidamente documentadas. Valor pago em duplicidade que deve ser restituído, sob pena de enriquecimento sem causa. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP, Ap. n. 0035599-97.2010.8.26.0309, 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado – j. 17.10.2015).

Esse é um dos casos clássicos a demonstrar o descabimento da não utilização da via consensual para a solução, na medida em que não havia controvérsia quanto à compra e pagamento dos móveis pelo consumidor, bem como da não entrega, sendo, assim, inevitável a rescisão contratual e devolução dos valores de forma rápida, inclusive, para evitar-se, entre outras, a postulação indenizatória na seara moral, dificultando em muito a vida do consumidor necessitado dos móveis então adquiridos e, ainda, prejudicando o caixa das empresas condenadas pela indenização devida. Ou seja, a excessiva demora e alto custo do processo gerou às partes um problema maior ainda do que o conflito em si, inicialmente existente:

APELAÇÃO – COBRANÇA – SEGURO AUTOMOTIVO – CDC – RECUSA NA ACEITAÇÃO DA PROPOSTA DE SEGURO – DEVER DE INFORMAÇÃO – BOA-FÉ OBJETIVA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS.

1 – Contrato de seguro interpretado sob a égide do Código de Defesa do Consumidor – artigo 3º, § 2º, da Lei 8.078, de 1990;

2 – Deficiência da informação, decorrente da ausência de notificação quanto à não aceitação da proposta de seguro (art. 6º, III, do Código de Defesa do Consumidor);

3 – Cobertura securitária - ausente notificação quanto a recusa da proposta de seguro, depois de feita a vistoria no veículo, e quitação da primeira parcela, impõe-se a condenação da seguradora ao pagamento da indenização;

4 – Danos morais fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). RECURSO PROVIDO. (TJSP, Ap. n. 0024848-08.2011.8.26.0506, 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado – j. 14.11.2014).

A relação securitária, em termos de relações consumeristas, é, sem dúvida, uma das mais desequilibradas e instáveis em seu nascedouro, em vista da natureza intrinsecamente adesiva deste tipo de contrato, sobre o qual o consumidor, em geral, não tem qualquer tipo de disposição de vontade ou opção. Assim o sendo, após o recebimento da proposta e, principalmente, do recebimento da parcela já paga, negar o pagamento decorrente da apólice gera, em última análise, o desprezo ao princípio da boa-fé que, certamente, poderia ter sido recuperada por parte do fornecedor, se, mesmo após a negativa do pagamento, tivesse procurado uma solução consensual com o seu segurado:

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – AQUISIÇÃO DE VEÍCULO – ATRASO EXAGERADO NA ENTREGA – DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES ANEXOS E IMPLÍCITOS DA OBRIGAÇÃO – VALOR DA INDENIZAÇÃO

1 – Consumidor que, pela proximidade de seu aniversário, compareceu em uma revendedora de veículos e encomendou um veículo novo, de seu agrado, efetuando pagamento antecipado a título de sinal. Decorridos mais de quatro meses da contratação, o veículo não foi entregue, o valor adiantado não foi restituído e a empresa não apresentou justificativa plausível. Fato que não configura mero aborrecimento, mas verdadeiro dano moral;

2 – O consumidor não é obrigado a aceitar produto ou serviço diverso daquele que foi objeto do contrato. O desgaste emocional, as cobranças, a quebra de expectativa, a necessidade de ajuizamento de demanda judicial, enfim, todas as situações descritas não configuram mero dissabor, estando configurado o dano moral. Magistrado a quo que entendeu por bem fixar a indenização em quantia equivalente a R\$ 2.000,00. Referido valor é insuficiente para reparar os danos causados e muito menos para impingir ao causador do dano o dever de aprimorar a prestação de seus serviços. Indenização que deve ser majorada para quantia equivalente a R\$ 10.000,00. RECURSO DO AUTOR PROVIDO. RECURSO DA RÉ IMPROVIDO. (TJSP, Ap. n. 0001213-81.2013.8.26.0003, 30ª Câmara de Direito Privado – j. 29.10.2014).

Vender aquilo que não se pode entregar, que não se tem ou que ainda não está disponível para venda, além de também ofender, frontalmente, o princípio da boa-fé contratual, não deixa campo para o fornecedor insistir no descumprimento contratual após receber do consumidor o pagamento do preço avençado. Nesse caso, se impossível a entrega do bem adquirido, um acordo envolvendo a devolução corrigida e acrescida de demais encargos legais, somada a algum valor indenizatório, oferecido espontaneamente, certamente, teria satisfeito o consumidor e evitado o ajuizamento da demanda:

ARRENDAMENTO MERCANTIL – LEASING – AUTOMÓVEL – OBSERVÂNCIA DE RECURSO REPETITIVO – TARIFAS BANCÁRIAS – DEVOLUÇÃO EM DOBRO

1 – É lícita a cobrança de TAC e TEC nos contratos anteriores à Res. 3.518, de 30.04.2008 (política de atipicidade das tarifas) – nos contratos POSTERIORES, é necessário observar: (i) a contratação e (ii) a previsão expressa em ato normativo do CMN – decisão vinculada ao acórdão paradigma proferido nos autos do REsp. n. 1.251.331/RS).

2 – Para aplicação do art. 42, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor não é preciso que se comprove a má-fé do fornecedor que cobrou e recebeu a quantia de forma indevida, bastando sua responsabilidade pelo evento danoso, mesmo porque o texto da lei sequer menciona má-fé. A única escusa aceitável seria o engano justificável, que não se mostrou presente no caso em estudo. RECURSO PROVIDO EM PARTE (TJSP, Ap. n. 0036627-46.2013.8.26.0002, 30ª Câmara de Direito Privado – j. 25.02.2015).

Outro dispositivo vital para manter-se a essência do Código de Defesa do Consumidor, reiteradamente descumprido e desprezado pelos fornecedores, e diuturnamente postulado em Juízo, é o artigo 42 do Código de Processo Civil, que prevê a devolução em dobro de tudo aquilo que foi indevidamente pago, pois cobrado incorretamente, a maior ou em duplicidade. A lei foi clara ao entender que é dever do credor fornecedor de serviços e produtos, que cheque corretamente antes de cobrar ou negativar o consumidor, pois se o fizer, e assim, acabar por receber o valor indevido, terá de devolver ao consumidor

cobrado incorretamente o dobro do valor que cobrou por erro. Mas na prática os fornecedores vêm corriqueiramente descumprindo esse dispositivo legal e impondo à Justiça o dever de condená-los a devolver em dobro, o que vem acompanhado, ainda, da condenação pela sucumbência e indenização por danos morais. Se tivesse o fornecedor optado, por óbvio, em cumprir a lei, evitaria esse sobrepeso que a condenação judicial acabou por ensejar, já que, na quase totalidade das vezes, ele não logra fazer prova de que o erro por ele cometido foi escusável, e por isso, descaberia a dobrada devolução. Assim, mais uma vez, se toma a decisão errada em não se optar pela resolução avençada:

APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO – DANOS MATERIAIS
– VIAGEM – PACOTE TURÍSTICO – PASSEIO – ACI-
DENTE ENVOLVENDO ANIMAL EM HOTEL FAZENDA
– RESPONSABILIDADE OBJETIVA SOLIDÁRIA ENTRE A
EMPRESA QUE COMERCIALIZOU O PASSEIO E HOTEL
FAZENDA – DANOS MORAIS – RESPONSABILIDADE
DA EMPRESA DE TURISMO – AFASTADA

I – Pacote turístico adquirido pelo representante legal do autor. No local do destino (cidade de Natal/RN) foi adquirido passeio não previsto no pacote original, ocorrendo acidente envolvendo um cavalo que atacou o autor (à época com 4 anos) atingindo sua região facial;

II – Danos materiais e morais configurados. Estabelecendo-se a responsabilidade objetiva e solidária entre a empresa Wheltour que comercializou o passeio e o Hotel Fazenda estabelecimento onde ocorreu o acidente;

III – Empresa Expandir. Exclusão da lide. Responsabilidade afastada. Ainda que o Código de Defesa do Consumidor preceitue que o fornecedor de serviços tem responsabilidade independente de culpa, pelos serviços que coloca à disposição do consumidor, respondendo, ainda, solidariamente, por atos de seus prepostos e representante autônomos, responderá, porém, nos limites do exercício do trabalho que lhes competir, por força da execução do programa turístico operado pela agência. Como o passeio turístico, durante o qual ocorreu o fatídico evento NÃO foi fornecido pela corrê Expandir, não tendo esta qualquer participação na contratação

desse serviço não pode ser responsabilizada, nem mesmo por solidariedade;

IV – Para a fixação dos danos morais, além do dano, também se deve levar em conta a situação econômica das partes, a fim de não dar causa ao enriquecimento ilícito, mas gerar um efeito preventivo, com o condão de evitar que novas situações desse tipo ocorram, e também considerando o porte financeiro daquele que indenizará, não se podendo fixar o valor de indenização em quantia irrisória, sob pena de não vir a surtir o efeito repressivo que se pretende, qual seja, fazer com que o agente perceba, eficazmente, as consequências de seu ato ilícito. Valor mantido R\$ 20.000,00. RECURSO da corrê Expandir PROVIDO. RECURSO da corrê Wheltour NÃO PROVIDO. (TJSP, Ap. n. 0018478-52.2011.8.26.0008 – 30ª Câmara de Direito Privado, j. 10.06.2015).

No caso em tela, em que se deu a lesão no animal do consumidor durante o passeio turístico de responsabilidade de uma das empresas de turismo, em decorrência da responsabilidade contratual de natureza objetiva, percebe-se que não se justifica o propósito da referida empresa querer se furtar a cumprir aquilo que advém de princípio legal, pois tendo indubitavelmente, “in casu”, firmado contrato de turismo com o dono do cão, e aceitando-o como integrante do passeio pelo qual recebeu o seu benefício econômico, é evidente que o dever de indenizar se impõe. Por isso, não se propor um valor indenizatório para tal evento danoso é, para se dizer o mínimo, uma péssima opção, visto que em todas as áreas consumeristas, mas em especial, na área do turismo, a imagem da empresa/agência é crucial para angariar-se a confiança do consumidor viajante. Assim, opção errada fez a empresa condenada em não procurar se conciliar com o seu cliente consumidor:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DA TUTELA – DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES – SEGURO VIAGEM.

– Comprovada a relação contratual existente entre as partes, bem como, a realização de procedimentos que, em tese, justificam a cobrança dos valores pelo hospital e, sendo certo que o

agravante se encontra sofrendo constante cobrança do hospital, cujas despesas estão compreendidas no limite previsto no contrato de seguro, de rigor que as agravadas, solidariamente, efetuem o pagamento do montante cobrado no curso da internação no hospital norte-americano e de seus eventuais encargos (multa, juros e correção monetária), respeitando-se, contudo, o limite previsto contratualmente. AGRAVO DE INSTRUMENTO PRO-VIDO. (TJSP, AI. n. 2021537-96.2015.8.26.0000, 30ª Câmara de Direito Privado - j. 27.05.2015).

Ao optar por viajar ao exterior, o consumidor, para a sua garantia, dispense valor expressivo para casos de eventualidades como acidentes, lesões, intercorrências de saúde. E ao fazê-lo, passa a se beneficiar da sensação de estar garantido e seguro, caso qualquer evento danoso sobrevenha durante a sua viagem. Mas ao ter de demandar perante o Poder Judiciário, encarando o quase intolerável tempo de demora no andamento do processo, custeando-o com valores significativos e perdendo, ainda mais, a confiança em seu escolhido agente securitário, com a quebra de expectativa decorrente da postura do mesmo em face de suas necessidades, sofreu as consequências da inexistência de um sistema de pacificação de conflitos inserido no sistema de Justiça, que por mais célere efetivo que o é, em comparação à burocracia processual, teria minimizado, e muito, o tamanho e a latência de seu conflito. Assim, se a relação securitária, a cobertura contratual e o adimplemento por parte do consumidor eram incontroversos, como o eram de fato, não se compreende a postura do fornecedor seguradora, que, em última análise, mostrou a importância da relação custo benefício, basilar para a economia de qualquer empresa, já que o processo teve um custo expressivamente maior do que a conciliação; assim, a relação custo benefício pela opção de não se utilizar o método autocompositivo de solução de controvérsias não se compenhou no presente caso:

FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO – PISO DE MADEIRA – RACHADURA ENTRE AS RÉGUAS DO ASSOALHO – INDENIZAÇÃO – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DE CONSUMIDOR OU DE AGENTE EXTERNO – MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO

– Evidente a responsabilidade da recorrente pela falha na prestação do serviço, vez que constatada

que as anomalias existentes no piso decorriam da má calefação do piso e não de insolação, tampouco da aplicação de agentes químicos e que os rodapés foram cortados e instalados com pregos passíveis de oxidação e que não existia umidade no local.

– Impõe-se a restituição da quantia referente aos serviços não executados, bem como, da metragem do piso vendida a maior.

– Dano moral caracterizado pelos transtornos suportados pelo apelado em face não só da demora na conclusão na obra, bem como, em decorrência de ter lhe sido imposta a aquisição de piso em metragem superior a necessária à execução dos trabalhos.

RECURSO IMPROVIDO. (TJSP, Ap. n. 0103713-49.2009.8.26.0010, 30ª Câmara de Direito Privado – j. 30.09.2015).

Por fim, a lide envolvendo as falhas na prestação de serviços, em vista dos defeitos no piso de madeira colocado pela fornecedora, e não voluntariamente substituído ou indenizado, obrigou o consumidor a, mais uma vez, utilizar-se do Judiciário. O trabalho preventivo ao ajuizamento da demanda teria levado, no máximo, à solução óbvia: rescisão do contrato com devolução dos valores pagos, eventual indenização pelos transtornos causados, na seara moral portanto, ou ainda, a substituição do produto por outro sem defeitos. Mas, novamente, deu-se a opção errada, de se ver demandado em Juízo, para sofrer a condenação que facilmente poderia ter sido evitada pelo fornecedor, caso houvesse ele optado pelos métodos resolutivos de conflitos no campo consensual.

Esses são alguns, dentre incontáveis casos judiciais, com consequências patrimoniais incomensuráveis, que não só afetam brutalmente a economia do país, mas comprovam que, se houvesse uma utilização mais efetiva da conciliação e mediação para resolvê-los, o prejuízo para ambas as partes seria expressivamente menor e, precipuamente, se implementaria uma verdadeira cultura de pacificação de conflitos com resultados concretos.

Esses dez casos ora apresentados a título de exemplificação, acabam por demonstrar o quanto poderíamos evitar processos judiciais envolvendo contratos de consumo, se os princípios da transparência,

boa-fé, informação, publicidade e os demais que regem as relações consumeristas fossem, *'in totum'*, quando da elaboração do contrato e cumprimento deste, respeitados; e ainda, quanto se preveniria a judicialização dos conflitos de consumo se, quando o contrato não atingiu o objetivo pretendido por vício, defeito, atraso, desvirtuamento, desequilíbrio, propusesse *'sponti propria'* o fornecedor, uma indenização reparatória ao consumidor, tanto no campo material como no campo moral, extrai processualmente, evitando-se não só a enorme demora na solução do problema mas, também, impedindo-se que o processo transforme-se, para muitos, em um grande negócio a custar, e muito, para o próprio fornecedor, que acaba por gastar proporcionalmente mais para manter um processo em andamento do que para arcar com as indenizações efetivamente devidas. É uma distorção, um desvirtuamento do sistema, que a ninguém favorece!

5. “Indústria do dano moral”?

E justamente por tudo isso, o dano moral se transformou no grande instrumento de postulação para o consumidor, e por via de consequência, no grande vilão para o fornecedor, pois já que não se resolveu o problema a tempo de evitar-se um mal maior – pessoal, moral, material, estético – pois ao demandar pelo cumprimento integral do contrato, pelo desfazimento do negócio, pela aplicação de multa, sempre estarão estes pedidos acompanhados, invariavelmente, dos pedidos indenizatórios na seara moral, em vista do dissabor, aborrecimento, frustração, quebra de expectativa e de confiança, que a má prestação de serviços por parte do fornecedor acabou por causar no consumidor postulante.

Derradeiramente, quanto a este tópico, não posso me olvidar de registrar que há muito, nesses quase trinta anos de judicatura, decidindo uma enorme diversidade de casos, especialmente a envolver consumidores e fornecedores, que repudio, veementemente, a expressão “indústria do dano moral”, pois em verdade o que há, é a proliferação de fornecedores que se recusam a cumprir as normas pertinentes ao tipo de contrato que firmam com os seus consumidores, e o fazem de forma reiterada, desdenhando do Código de Defesa do Consumidor de forma contumaz, e por conta disso, e também pela atual ampliação dos conhecimentos dos consumidores quanto aos seus direitos, além dos efeitos pela implantação dos Juizados Especiais, que nestes

últimos mais de vinte anos, coincidiu com o advento do próprio Código de Defesa do Consumidor, passaram a demandar e postular as suas indenizações reparatórias, como formas punitiva e preventiva de novas condutas.

Na sequência, antes de adentrar propriamente ao tema das alterações processuais no que tange à inserção da conciliação e mediação no contexto processual, faço algumas outras observações com respeito à proliferação de demandas de natureza consumerista, especialmente no que pertine aos pedidos indenizatórios na seara moral.

6. Alterações legislativas – o Novo CPC

O grande debate porém, no momento, de suma relevância, é analisarmos se vêm esses métodos se apresentar como nova fase procedimental, precedente ao sistema de Justiça, e portanto, de forma obrigatória, ou se serão os mesmos uma opção das partes envolvidas no conflito.

É certo que em ambas as legislações em comento não depreendemos disposição legal que imponha a mediação ou a conciliação como etapa obrigatória e prévia à interposição da demanda judicial.

Isto porque, tanto a nova lei que trata da matéria como o Código de Processo Civil a vigor a partir de 2016, colocam a mediação como opção das partes litigantes, para que a adotem antes do ajuizamento da ação, mas como escolha voluntária, de ambos os envolvidos, inclusive, sem que isto represente, como se vê na moderna legislação argentina, uma condição da ação, sem a qual, não se viabilizará a instauração do processo judicial.

E justamente a preocupação do legislador em não prever a mediação como forma obrigatória e precedente ao processo judicial, procurou atender ao princípio do acesso à Justiça, que preceitua que ninguém ficará afastado do Judiciário ou será impedido de levar sua demanda através do devido processo legal. Assim, entendeu-se que se impondo a mediação como forma precedente obrigatória ao processo, estar-se-ia afastando o jurisdicionado do Judiciário, ou o impedindo de ir buscar os seus direitos perante este poder constituído da República.

Não concordo com essa premissa, e na sequência, delinearei, brevemente, minhas razões.

No que tange ao novo CPC, é certo que a obrigatoriedade da utilização dos métodos autocompositivos – mediação e conciliação – é mais notória, ainda que não preventiva ao ajuizamento da demanda judicial. Isto porque, ao prever em seu artigo 334 e parágrafos, que tendo preenchido os requisitos processuais, e não sendo o caso de imediata improcedência da demanda, a petição inicial, ao ser distribuída, contará com a determinação judicial de remessa à audiência de conciliação, com intimação as partes, suspensos os prazos processuais, inclusive para contestação, o legislador, certamente, criou a bem-vinda obrigatoriedade da fase consensual, incidental ao procedimento do feito.

De certo modo, podemos considerar que, ao assim proceder, o Magistrado está, em cumprimento à lei, estabelecendo uma etapa processual obrigatória que é a da tentativa do consenso via audiência de conciliação, da qual, excepcionalmente, as partes poderão declinar, com apresentação de comprovada justificativa.

Por isso, creio que o legislador processual civil, de forma inovadora e corajosa, trouxe novamente ao sistema processual, a obrigatoriedade da conciliação como fase procedimental, ainda que não precedente ao ajuizamento da demanda, mas precedente, contudo, a todo restante do trâmite processual, o que a meu ver, foi importantíssimo avanço para o novo, e tão hoje ineficaz, sistema de Justiça.

Derradeiramente, apresento minhas razões para defender a mediação e a conciliação como etapas obrigatórias, precedentes ao ajuizamento da demanda, entendendo que isto, em hipótese alguma, fere o princípio constitucional do acesso à Justiça.

Explico.

Sendo Magistrada há quase 28 anos, e tendo tido o privilégio excepcional de coordenar o primeiro Setor de Conciliação do país, em São Paulo, especificamente no fórum João Mendes Júnior, o maior do mundo, com na época, aproximados 420 mil processos em trâmite, Setor de Conciliação este que foi a semente dos atuais Centros Judiciais de Solução de Conflitos – CEJUSCs – criados pelo Conselho Nacional de Justiça, trabalho este que me trouxe enorme experiência, realização e conhecimento pragmático e empírico nesta importante área dos métodos adequados de solução de conflitos, e inclusive, ensejou o recebimento por mim, na categoria de Juiz individual, do segundo Prêmio INNOVARE, deu-me convicta certeza de que ao estabelecermos uma nova fase procedimental obrigatória antes do ajuizamento da ação, determinando-se que se tente a composição via mediação ou concilia-

ção, por sistema promovido e fiscalizado pelo Poder Judiciário, como hoje são os CEJUSCs, não está se afastando o jurisdicionado do Poder Judiciário, de forma alguma, mas, sim, está se devolvendo ao cidadão a confiança e credibilidade que há muito, infelizmente, ele perdeu no atual e ineficaz - por tão moroso, caro e pouco efetivo - sistema atual de Justiça, na medida em que está, apenas, lhe abrindo outra porta de acesso, uma primeira e mais adequada porta, que lhe confere a oportunidade de encontrar a outra parte envolvida no conflito – muitas vezes, em uma primeira oportunidade de contato pessoal e viabilização da comunicação com a mesma – para se tentar a pacificação de seu conflito de forma mais rápida, menos onerosa e mais efetiva, com a atuação de um preparado e capacitado profissionalmente conciliador/mediador, tentando-se, assim, trabalhar o conflito em si, sem questões processuais que muitas vezes colocam o conflito em segundo plano e acabam por dar maior relevância ao processo; e, caso não se obtenha o consenso, a porta do Judiciário permanecerá aberta para então, essa parte conflitante poder, como determina a Constituição Federal, provocar a atuação da Justiça, ajuizando, formalmente, sua demanda. Assim, não se negou, absolutamente, o acesso à Justiça, oferecendo-se a tentativa de pacificação do conflito antes do ajuizamento da ação.

E a prova de que não há como se imaginar que, ao inserir a conciliação e a mediação como etapa processual, nos termos do artigo 334 do novo Código de Processo Civil, o legislador garantiu, por evidente, o acesso à Justiça por todo e qualquer cidadão, consumidor, pessoa jurídica, que premissalmente ao dispositivo legal indicado, dispôs o novo legislador processual em seu artigo 3o, que nada - nenhuma ameaça ou lesão a direito - será excluído da apreciação do Poder Judiciário devendo o Estado promover, sempre que possível, as soluções consensuais de conflitos, como a Conciliação e a Mediação, devendo estes métodos adequados de pacificação social serem estimulados por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e Membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Há enorme significado e importância histórica no dispositivo em questão, visto que no terceiro artigo do novo CPC, como norma introdutória à moderna legislação processual, chamou-se o Estado a cumprir o dever de promover a pacificação social frente às controvérsias gerais, estabelecendo-se que é dever institucional do Estado estimular entre os litigantes a conciliação e a mediação, inclusive quando já instaurado o processo judicial, o que deverá ser feito por seus personagens atuantes na Justiça, segundo as normas constitucionais, quais sejam, os Juízes,

Advogados, Defensores Públicos, Promotores de Justiça, todos eles imprescindíveis à atuação do Poder Judiciário. Reputo da maior importância essa corajosa disposição legal, que tem o condão de “lembrar” o dever estatal de evitar ou resolver demandas pelos meios consensuais, o que tira a ideia de opção pelo acordo, como antes era visto, inclusive por escolha só das partes, e a substitui por dever do Poder Público. Isto quer significar que os conflitos humanos, familiares, comerciais, empresariais, consumeristas, trabalhistas, criminais e outros tantos, são de responsabilidade do Estado, na medida em que, além de resolvê-los por decisão judicial imposta, através dos julgamentos proferidos, contam agora com uma nova porta, um novo caminho, uma nova etapa, e em última análise, uma nova possibilidade de desfecho que obrigatoriamente deve ser tentado pelo Estado, que é a fomentação do acordo, do consenso, da avença, e para tanto, haverá o Judiciário e todos os que nele atuam como peças e personagens imprescindíveis ao seu funcionamento, que atuar neste sentido, criando mecanismos, campos de atuação, meios instrumentais, a viabilizar a conciliação, como dever funcional e institucional.

Vê-se, pois, que houve uma mudança de conceito advindo da lei, e é disto que se necessita para que se obtenha uma verdadeira mudança de paradigma, trocando-se a cultura adversarial pela cultura de pacificação social.

Evidentemente, cumprido esse mister e não se logrando êxito em atingir-se o consenso, nenhum conflito, após ter sido ele submetido à tentativa de composição entre os interessados, será afastado do Judiciário; assim, não obtido o acordo, mantém-se o Estado no seu dever precípuo de resolvê-lo, em última análise, pela via decisória impositiva.

Reitero, portanto, que a inafastabilidade de jurisdição em prol do jurisdicionado está, e sempre estará, constitucional e processualmente garantida, pois em se inviabilizando o desfecho consensual, garantir-se-á a obtenção do bem da vida pretendido, através do devido processo legal.

a. Art. 174, NCPC

Outro dispositivo legal relevantíssimo, que demonstra, mais uma vez, a importância que o novo legislador concedeu aos métodos adequados de solução de conflitos, é o artigo 174 do novo CPC, que preceituou a obrigatoriedade, mais uma vez do Estado, através de seus

entes federativos – União, Estados, Municípios e Distrito Federal – de criarem Câmaras de Conciliação e Mediação no âmbito administrativo, para dirimirem conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública, para que, quando se obtenha o consenso entre o cidadão contribuinte e o Estado – *lacto sensu* – se celebre o termo de ajustamento de conduta entre ambos, evitando-se, assim, o ajuizamento de mais uma demanda.

Impressiono-me, cada vez que analiso esse novo e corajoso dispositivo legal processual, com a importância que o processualista, sempre tão afeito a nuances e detalhes procedimentais do processo em si, deu ao próprio direito material que traduz o conflito em si, visto que incluiu na nova legislação adjetiva aquilo que mais é vital para aquele que postula o seu direito: uma adequada solução, ainda que sem haver o processo. Ou seja, o próprio processualista dispendo uma norma que acaba por dispensar a existência do processo, quando se puder resolver o conflito extraprocessualmente, ainda em sede administrativa, via Câmaras de Conciliação e Mediação. Estou convicta de que, dentre outras tantas, esta é uma das normas mais corajosas e inovadoras do novo Código de Processo Civil Brasileiro.

b. Art. 334, NCPC

Além dos dois dispositivos suprarreferidos, ora trazidos pela nova legislação processual, há outros tantos que necessitam ser detidamente analisados e comentados, o que pretendo fazer em nova oportunidade.

Mas para encerrar este artigo que abordou os aspectos obstaculizadores para o consumidor, em face do atual sistema de Justiça e a luz no final do túnel que o advento da nova legislação processualista trará para este mesmo consumidor, em razão da inserção dos métodos consensuais como etapas precedentes ou incidentais ao processo, abordo parte do artigo 334 do novo CPC, que preceitua, delineadamente, o novo formato da conciliação e mediação frente ao trâmite processual.

Diz o novo legislador que, preenchidos os requisitos legais e processuais da petição inicial, quando não for o caso de improcedência liminar da mesma, deverá o Juiz que a receber, desde logo, designar audiência de conciliação em trinta dias, devendo o réu ser citado para a ela comparecer, com ao menos vinte dias de antecedência.

Veja-se que a novidade é alvissareira, visto que dá início ao processo, após a determinação de estabelecimento da relação jurídico processual através da efetivação da citação ao réu, pela tentativa de conciliação, a ser instrumentalizada pela audiência que, de plano, será designada pelo Juiz do feito.

E já no primeiro parágrafo do referido artigo, o legislador remete ao Conciliador e/ou ao Mediador o mister de dela participar, em substituição, por poder delegado, ao Juiz, pois capacitado para tanto, em cumprimento à Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, atuará como intermediário da comunicação (agora me reportando ao início deste artigo, quando enfatizei a falta que a comunicação faz aos litigantes), e como responsável à promoção da pacificação daquele conflito, instigando as partes a se comporem.

c. Art. 335, NCPC

Faz-se necessário, desde já, observar que através da disposição prevista no artigo 335, inciso I do novo CPC, fica adstrita a apresentação da contestação e seu respectivo prazo para tanto, a realização da audiência de conciliação então determinada judicialmente, por força do dispositivo legal precedente, já que o termo inicial para a contagem do prazo para oferta de contestação será a data da audiência de conciliação, quando não houver a autocomposição entre as partes.

Desse modo, indúvidosa a suspensão do prazo processual e o cumprimento do dever do Estado em fomentar a conciliação, assim como dos próprios advogados, em atendimento aos termos do artigo 2º, inciso II de seu Código de Ética profissional, quando suspensos os prazos processuais, inclusive o da resposta à demanda, para que todos, Juízo – através de seus conciliadores e mediadores – e advogados, se empenhem *‘in totum’* à causa conciliatória. É este, de fato, o melhor dos mundos!

Derradeiramente, em razão do limite de espaço estabelecido para este trabalho, dou ênfase aos termos dispostos no parágrafo 8º do mesmo artigo 334 do novo Código de Processo Civil, que preceituou algo que, há muito, vinha defendendo em meus trabalhos de atuação jurisdicional e acadêmica: a aplicação de pena processual em caso de não comparecimento da parte, de forma injustificada, à audiência de conciliação.

7. Conclusão

Superou, em muito, as minhas melhores expectativas, esse dispositivo processual, pois se sabendo, por óbvio, que é requisito premissal o comparecimento das partes para a viabilização do acordo, já que são elas as detentoras do conflito e, por isso, são as mais habilitadas e capazes a buscar e atingir uma solução consensual, a lastimável corriqueira ausência à audiência de conciliação pelas partes vinha, há muito, prejudicando e desestimulando os trabalhos; mas agora, como disse, superando todas as minhas melhores expectativas, com o legislador considerando tal ausência injustificada como ato atentatório à dignidade da Justiça, com possibilidade de aplicação de multa processual, passará o novo sistema de Justiça a contar com a adesão imprescindível do “dono do conflito” para que se obtenha o consenso, com a sua vital presença à audiência de conciliação.

Em linhas gerais e de forma muito pontual e sumulada, procurei tratar do tema que tanto aflige aos consumidores, aos advogados e aos Juízes de Direito, que são os obstáculos da Justiça e do sistema atual, diante da atual litigiosidade expandida na área consumerista, e por isso, a ineficácia das pretendidas resoluções de seus conflitos, mas na sequência, procurei apresentar, de forma otimista, a importância do advento da nova legislação processual, que inserindo em seu contexto disposições legais, que concedem à conciliação e à mediação a importância que de fato elas têm, para que os referidos obstáculos sejam transpostos e a cultura da pacificação social, realmente, se faça concretizada!

Anotações sobre a distribuição do ônus da prova no Código de Processo Civil, Código de Defesa do Consumidor e Novo Código de Processo Civil

*Thiago Massao Cortizo Teraoka*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: I. Introdução. II. Panorama no CPC/1973. III. A inversão do ônus da prova do CDC. IV. NCPC e a teoria de distribuição do ônus da prova adotada. V. Reflexos do NCPC nas lides de consumo. VI. Conclusão. Bibliografia.

I. Introdução

“Provar corresponde à cogitação do convencimento de outrem acerca da verdade referente a determinado fato.”²”

No processo, em regra, a prova tem a função de firmar o convencimento do juiz sobre matéria de fato³ com a finalidade de obtenção de um determinado resultado, a fim de guiar a decisão. Portanto, “a prova é um instrumento voltado ao esclarecimento da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato.”⁴”

É certo que a descoberta da “verdade em si” é problema complexo. O julgador, na verdade, sempre se satisfaz com verdades formais⁵.

¹ Mestre e doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Professor da Escola Paulista da Magistratura (EPM).

² TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 336.

³ Aqui não se olvida que também direito, se estrangeiro ou municipal, pode demandar prova em processo judicial, consoante o artigo 337 do CPC/1973, por exemplo.

⁴ FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 363.

⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. p. 349.

Em regra, há necessidade de provar somente os fatos controvertidos. Os fatos incontroversos ou confessados não precisam ser provados, salvo disposição legal em sentido contrário.

O ônus de provar não é um dever, mas uma faculdade. O seu descumprimento não gera um ilícito, mas apenas uma situação que poderá não ser do interesse da parte que descumpriu⁶. O mero descumprimento do ônus não gera automaticamente um prejuízo, mas um risco de prejuízo pelo não convencimento do juiz a respeito de um determinado fato⁷.

O sistema, assim, não determina quem deve produzir a prova, mas quem assume os riscos pela prova não ser produzida⁸.

Não se deve perder de vista que o julgamento com base no ônus da prova não é algo excelente ou mesmo querido. O melhor, o mais justo e o desejável, é o julgamento com base em certeza da verdade dos fatos, ainda que tal certeza seja sempre relativa. No entanto, mesmo em caso de grande incerteza, o juiz não pode se negar a julgar. É a proibição do “non liquet”. Assim, o juiz, não tendo sequer uma relativa certeza sobre os fatos, recorre ao ônus da prova, para julgar o pedido. Na lição de William Santos Ferreira “o ônus da prova é uma saída para se evitar situações piores de não julgamento ou de assunção extremamente abstrata de (sobre) carga probatória, mas, ainda que se reconheça que não se trata da melhor maneira de alcançar uma decisão justa, que, ao menos, diante da impossibilidade de esclarecimento das questões fáticas, não se eleja a pior solução.”⁹ Nesse sentido, o ônus da prova é subsidiário ao livre convencimento motivado. A regra da distribuição do ônus da prova não regula a prova, mas a falta da prova¹⁰. “A utilização do ônus da prova como regra de julgamento há de ser a *ultima ratio* do magistrado [...]”¹¹.

⁶ Cf. MACÊDO, Lucas Buriel de. Revisitando o ônus da prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 123, p. 71, jun. 2013.

⁷ Cf. LIMA, Cíntia Pereira de; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, p. 318, jan./fev. 2014.

⁸ Cf. FERREIRA, William Santos. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 367.

⁹ *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 361.

¹⁰ Cf. FERREIRA, William Santos. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 366.

¹¹ SOARES, Ronnie Herbert Barros. Natureza dúplice da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica). In: OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 597.

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), introduzido no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.105, de 16/03/2015, alterou significativamente o panorama da distribuição do ônus da prova.

Por outro lado, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) já havia realizado, no microsistema que regulamenta, importantes alterações, ao prever como direito do consumidor a “inversão do ônus da prova”.

Nosso artigo tem a pretensão de analisar brevemente o impacto das alterações do NCPC nessa matéria nas lides de consumo.

II. Panorama do Código de Processo Civil (CPC/1973)

A regra geral da distribuição do ônus da prova no CPC/1973 é imposta no seu artigo 333¹².

Incide a regra geral de quem alega deve provar. As partes devem comprovar as suas próprias alegações. É a regra imposta desde o Direito Romano, conforme a máxima “semper onus probandi ei incumbit qui dicit”, ou seja: o ônus da prova sempre incumbe a quem alega¹³. Por via de consequência, também em brocardos latinos, “actori incumbit onus probandi” (ao autor incumbe o ônus da prova) e “reus in excipiendo fit actor” (o réu, ao excepcionar, se faz autor)¹⁴.

Apesar das regras gerais expressas, nos termos do vigente CPC/1973, também é possível a convenção sobre o ônus da prova. No entanto, penso que essa possibilidade não tem sido aplicada na prática¹⁵. De qualquer forma, a lei processual impõe nulidade à convenção que distribuiu de maneira diversa o ônus da prova quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito¹⁶.

¹² “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. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.”

¹³ TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. p. 349.

¹⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. p. 349.

¹⁵ “Todavia, malgrado se desconheçam estatísticas sobre o assunto, essa também aparenta ser uma situação de rara ocorrência, revelando, mais uma vez, o compromisso ideológico do legislador com uma suposta igualdade entre as partes – aqui, em sentido negocial”. (DUARTE, Ronnie Preuss; PEREIRA, Mateus Costa. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o novo CPC. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 126, p. 183, maio 2015.)

¹⁶ Artigo 333, parágrafo único, I e II, do CPC/1973, o qual já foi transcrito acima.

No rigor da lei, as provas devem ser produzidas em audiência. No entanto, em regra, também se exige das partes que tanto a inicial como a contestação sejam acompanhadas das provas existentes.

Ao estabelecer de maneira prévia quem deve produzir a prova (quem alega), o CPC/1973 consagra a “teoria estática do ônus da prova”¹⁷. A carga o ônus da prova é suportada de acordo com a posição de cada parte no processo, por força de lei.

III. A inversão do ônus da prova no CDC

Apesar da regra geral, há determinados casos que, em razão do prestígio à isonomia e para proteger a parte mais fraca, o legislador estabelece a possibilidade de alteração do ônus probatório. Em regra, a inversão do ônus da prova pode ser realizada “ope legis” (por força da lei), na qual a lei fixa outra regra de distribuição do ônus da prova, ou “ope judicis” (por força de decisão judicial), esta na qual a lei permite que, mediante o cumprimento de certos requisitos, o juiz altere o ônus probatório das partes¹⁸.

Além dessas possibilidades (“ope legis” e “ope judicis”), em tese, mas com fundamento no acordo de vontades, existe a inversão convencional do ônus da prova, fundada no artigo 333, parágrafo único do CPC/1973¹⁹, o qual, como vimos, não tem interesse prático. No caso desse artigo, há ainda menos interesse na inversão condicional²⁰, em razão da vedação expressa no artigo 51, VI, do CDC²¹. De toda sorte, em tese, seria possível convencionar a possibilidade de inversão do ônus da prova de maneira ainda mais favorável ao consumidor, o que seria aceito como válido.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990, foi promulgado por cumprimento do mandamento

¹⁷ Conforme lição de Lucas Buril de Macêdo. “A teoria da distribuição estática do ônus da prova é caracterizada pela predisposição em norma da carga probatória, de maneira fixa e geral, a partir dos critérios previstos em lei.” (*Revisitando o ônus da prova*. p. 77.).

¹⁸ Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Revisitando o ônus da prova*. p. 79.

¹⁹ Já transcrito.

²⁰ Cf. MACÊDO, Lucas Buril de. *Revisitando o ônus da prova*. p. 83-84.

²¹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que [...]. VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor; [...]”.

constitucional imposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)²².

Além disso, o CDC tem a pretensão de promover a defesa do consumidor, nos termos impostos em outros dispositivos da Constituição Federal, como os artigos 5º, XXXII²³; 24, VIII²⁴ e 170, V²⁵.

Nesse contexto, o CDC consagrou como direito básico 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 é o reconhecimento, no plano processual, da vulnerabilidade do consumidor²⁶. Por sua vez, o reconhecimento da vulnerabilidade tem implicações no campo da isonomia material, afinal, o “vulnerável” deve ser tratado de forma diversa do “não vulnerável”, a permitir a proteção do seu direito. A vulnerabilidade significa que “o consumidor é a parte fraca da relação de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.²⁷”

Nos termos legais, a possibilidade de inversão “genérica”, do artigo 6º, VIII, do CDC, fica a critério do juiz; na verdade seu dever-poder, se existirem os pressupostos para a inversão. O juiz determinará a inversão se houver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.

²² “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.”

²³ “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.”

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

²⁵ “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; [...]”

²⁶ “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; [...]”.

²⁷ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 194.

A existência da “verossimilhança” indica a necessidade de “forte conteúdo persuasivo²⁸” nas alegações da parte consumidora. No meu entendimento, também há necessidade de mínimos indícios que indiquem a veracidade da alegação do consumidor, não bastando somente a descrição, na petição inicial, de uma estória que faça sentido.

Por sua vez, a “hipossuficiência”, mais uma vez, é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, de produzir uma prova no caso concreto. “Hipossuficiência significa um estado inferior, uma fragilidade a ser verificada em alguns consumidores, diante das peculiaridades do caso concreto²⁹”. A hipossuficiência não é somente técnica, referente ao conhecimento do produto ou serviço. Nesse ponto, observo que o Superior Tribunal de Justiça já permitiu a inversão do ônus da prova também em questão de hipossuficiência financeira do consumidor³⁰. De qualquer modo, a Corte Superior, em seus acórdãos, com frequência, evita ingressar em aspectos fáticos-probatórios que justificaram a inversão do ônus da prova, nas instâncias inferiores³¹.

Nesse ponto, observo que, de acordo com a doutrina de Cláudia Lima Marques, não há necessidade da concomitância da presença de ambos os requisitos legais (verossimilhança e hipossuficiência). “Note-se que a partícula ‘ou’ bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC, sendo assim facultado ao juiz inverter o ônus da prova inclusive quando essa prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e *expert* na relação [...]”³²

²⁸ NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 218.

²⁹ Cf. FERREIRA, William Santos. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 371.

³⁰ STJ, AgRg no AREsp 666147/RJ, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 25/06/2015. Contrariamente a essa posição, Cf. William Santos Ferreira. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 372.

³¹ “[...] É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a inversão do ônus da prova fica a critério do juiz, segundo apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor e de sua hipossuficiência, conceitos intrinsecamente ligados ao conjunto fático-probatório dos autos delineado nas instâncias ordinárias, cujo reexame é vedado em sede especial. Precedentes. [...]” (STJ, AgRg no REsp 1151023/RJ, Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, DJe 15/06/2015).

³² MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 258.

Em sentido diverso, William Santos Ferreira afirma que os requisitos devem estar presentes concomitantemente, ou seja, o caso concreto deve revelar hipossuficiência do consumidor e verossimilhança de suas alegações³³.

Realmente, parece-me difícil sustentar a possibilidade de inversão do ônus da prova sem a existência, no mínimo, da verossimilhança da alegação do consumidor. É desarrazoado impor o ônus ao fornecedor de comprovar a não ocorrência de um fato absolutamente improvável. De toda sorte, há de se convir que, no rigor da lei, não há realmente a necessidade de presença concomitante dos requisitos.

Também há importante divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do momento da inversão do ônus da prova.

Rizzato Nunes afirma que o momento correto para a inversão do ônus da prova é o “situado entre o pedido inicial e o saneador³⁴”, após a contestação, pois somente com a contestação é possível verificar o grau de verossimilhança das alegações da inicial³⁵. A distribuição legal do ônus, realizado pelo CPC/1973, é automática. Por outro lado, no CDC, “a inversão se dá por decisão do juiz diante de alternativas impostas pela norma: ele inverterá o ônus se for verossímil a alegação ou se for hipossuficiente o consumidor.³⁶” Na doutrina, também manifesta o mesmo entendimento Ronnie Herbert Barros Soares³⁷.

O mesmo posicionamento também é corroborado por precedentes do Superior Tribunal de Justiça³⁸. No momento em que elaborado este

³³ Cf. FERREIRA, William Santos. *Limites da inversão do ônus da prova e a “reinversão” nas ações de responsabilidade civil*. p. 378.

³⁴ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 221. Em outra parte, o mesmo doutrinador afirma que “a inversão deve ser decidida até ou no saneador” (Cf. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 221.).

³⁵ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 218.

³⁶ *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. p. 220.

³⁷ “Essa nos parece solução mais correta, para que, garantida a isonomia entre as partes, com a possibilidade de equilíbrio determinado pela inversão do ônus da prova, seja assegurado o cumprimento do disposto no art. 125, I, do CPC, indicando o Juiz a quem litiga contra consumidor a sua responsabilidade maior no processo quanto aos elementos de prova que deverão ser colhidos, ante a análise da situação *sub judice*.” (Natureza dúplce da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica). In: OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 593.

³⁸ “[...] 4. Não podendo ser identificado o fabricante, estende-se a responsabilidade objetiva ao comerciante (CDC, art. 13). Tendo o consumidor optado por ajuizar a ação contra suposto fabricante, sem comprovar que o réu foi realmente o fabricante do produto defeituoso, ou seja, sem prova do

artigo, a inversão do ônus da prova como regra de instrução é posicionamento majoritário e firmado pela Segunda Seção.

De acordo com o precedente da Segunda Seção da Corte Superior, a inversão do ônus da prova “ope legis”, como nos casos do artigo 12, § 3º, II³⁹ e 14, § 3º⁴⁰, I, do CDC, é automática. No entanto, a inversão do artigo 6º, VIII, do CDC é “ope judicis” e influi no comportamento das partes, que pautam suas atitudes processuais na distribuição geral do ônus da prova previsto no artigo 333 do CPC/1973. Assim, “se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão “ope judicis” ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão).⁴¹”

Na verdade, penso que a inversão do ônus “ope legis” a que se refere o acórdão trata de um novo estabelecimento legal do ônus da prova. É inversão se comparado com o artigo 333 do CPC/1973, mas, ao se olhar o microsistema do direito do consumidor, é um outro estabelecimento legal de ônus da prova. Anoto, ainda, que parte da doutrina afirma que os artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor não tratam de inversões de ônus da prova. Ao contrário, apenas corroboram a regra geral do artigo 333 do CPC/1973⁴².

próprio nexa causal entre ação ou omissão do réu e o dano alegado, a inversão do ônus da prova a respeito da identidade do responsável pelo produto pode ocorrer com base no art. 6º, VIII, do CDC, regra de instrução, devendo a decisão judicial que a determinar ser proferida “preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade” (RESP 802.832, STJ 2ª Seção, DJ 21.9.2011). [...]” (STJ, EREsp 422778/SP, Min. João Otávio de Noronha, Relator(a) p/ Acórdão, Min. Maria Isabel Gallotti, 2ª Seção, DJe 21/06/2012). No mesmo sentido: “[...] 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a inversão do ônus da prova prevista no art. 6º, VIII, do CDC, é regra de instrução e não regra de julgamento, sendo que a decisão que a determinar deve - preferencialmente - ocorrer durante o saneamento do processo ou - quando proferida em momento posterior - garantir a parte a quem incumbia esse ônus a oportunidade de apresentar suas provas. Precedentes: REsp 1395254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 29/11/2013; EREsp 422.778/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 29/02/2012, DJe 21/06/2012. [...]”. (STJ, AgRg no REsp 1450473 / SC, Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 30/09/2014).

³⁹ “Artigo 12. (...) § 3o O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: [...] II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; [...]”.

⁴⁰ “Art. 13. O comerciante é igualmente responsável, nos termos do artigo anterior, quando: I - o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados; [...]”.

⁴¹ STJ, REsp 802832/MG, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, DJe 21/09/2011.

⁴² LIMA, Cíntia Pereira de; FANECO, Lívia Carvalho da Silva. *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins*. p. 312.

De toda sorte, a doutrina indica como inversão legal ao ônus da prova (“ope legis”) a hipótese da veracidade e correção de informação publicitária, consoante o artigo 38 do CDC⁴³. Alexandre Malfatti, por exemplo, afirma que, no caso da publicidade, a inversão do ônus da prova é “ope legis⁴⁴”. No mesmo sentido, manifesta-se Rizzato Nunes⁴⁵.

A respeito da regra genérica do artigo 6º, VIII, do CDC, é certo que o Superior Tribunal de Justiça já conferiu outro sentido ao momento possível da inversão do ônus da prova, classificando-o como mera “regra de julgamento”. Ou seja, o juiz poderia impor a inversão do ônus da prova na sentença. No meu entendimento, a posição hoje minoritária no Superior Tribunal de Justiça é mais acertada, por alguns motivos. Primeiro, pois, em caso concreto, não há surpresa nenhuma na inversão do ônus da prova em favor do consumidor, pois o dispositivo legal que assim prevê tem quase 25 anos. Em segundo lugar, a ninguém é permitido sonegar provas do processo; todos devem apresentar as provas desde sempre e, se não o fizerem, as partes sabem que correm o risco de que o julgamento ocorra por presunção. Em terceiro lugar, o processo não é um jogo individualista, mas busca pela verdade. Em linhas gerais, esses são os argumentos da Ministra Nancy Andrighi⁴⁶.

⁴³ “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.”

⁴⁴ Cf. Ônus da prova no âmbito da publicidade. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 34.

⁴⁵ “Não há o que discutir. Em qualquer disputa na qual se ponha em dúvida ou se alegue enganiosidade ou abusividade do anúncio, caberá ao anunciante o ônus de provar o inverso, sob pena de dar validade ao outro argumento.” Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. p. 561.

⁴⁶ “[...]. 1. A jurisprudência do STJ não se pacificou quanto à possibilidade de o juízo inverter o ônus da prova no momento de proferir a sentença numa ação que discuta relação de consumo.

2. O Processo Civil moderno enfatiza, como função primordial das normas de distribuição de ônus da prova, a sua atribuição de regular a atividade do juiz ao sentenciar o processo (ônus objetivo da prova). Por conduzirem a um julgamento por presunção, essas regras devem ser aplicadas apenas de maneira excepcional.

3. As partes, no Processo Civil, têm o dever de colaborar com a atividade judicial, evitando-se um julgamento por presunção. Os poderes instrutórios do juiz lhe autorizam se portar de maneira ativa para a solução da controvérsia. As provas não pertencem à parte que as produziu, mas ao processo a que se destinam.

4. O processo não pode substanciar um jogo mediante o qual seja possível às partes manejar as provas, de modo a conduzir o julgamento a um resultado favorável apartado da justiça substancial. A ênfase no ônus subjetivo da prova implica privilegiar uma visão individualista, que não é compatível com a teoria moderna do processo civil.

5. Inexiste surpresa na inversão do ônus da prova apenas no julgamento da ação consumerista. Essa possibilidade está presente desde o ajuizamento da ação e nenhuma das partes pode alegar desconhecimento quanto à sua existência.

Na doutrina, também merece citação os argumentos de Alexandre Malfatti, favorável à possibilidade de inversão judicial do ônus da prova na sentença. Em resumo, Alexandre Malfatti lembra que não é possível alegar surpresa, pois o réu tem conhecimento da existência ou não dos requisitos da inversão do ônus da prova desde o recebimento da petição inicial. No mais, mesmo no CPC/1973, havia exceções à distribuição geral do ônus da prova, como, por exemplo, os fatos notórios, que são dispensados de prova⁴⁷. Particularmente, em acréscimo, lembro também que não precisam ser provados os atos sobre os quais recaem alguma presunção⁴⁸.

Na prática, com sucesso, tem-se adotado, pelo menos em sede de Juizado Especial, a prática de se constar, desde o mandado de citação, a advertência de que as partes devem trazer aos autos todas as provas referentes ao fato, sob pena de, em sentença, ser conferida a inversão do ônus da prova. Nesse caso, penso que ficará ainda mais frágil se alegar qualquer “surpresa” no julgamento por presunção favorável ao consumidor. Também não se poderá alegar, com base em perspectiva meramente individualista, que não se está ciente que todas as provas referentes ao caso devem ser trazidas aos autos. Nesse particular, em doutrina, Alexandre Malfatti considera “salutar” esse aviso, mas desnecessário⁴⁹.

6. A exigência de uma postura ativa de cada uma das partes na instrução do processo não implica obrigá-las a produzir prova contra si mesmas. Cada parte deve produzir todas as provas favoráveis de que dispõe, mas não se pode alegar que há violação de direito algum na hipótese em que, não demonstrado o direito, decida o juiz pela inversão do ônus da prova na sentença.

7. Recurso especial conhecido e improvido.” (STJ, REsp 1125621/MG, Min. Nancy Andrihgi, 3ª Turma, DJe 07/02/2011)

⁴⁷ Cf. *Ônus da prova no âmbito da publicidade*. p. 33.

⁴⁸ Nesse ponto, reporto-me à lição de Yoshiaki Ichihara. Ônus da Prova – presunção, inversão e interpretação. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 643-655.

⁴⁹ A respeito do prévio aviso, pelo juiz, da possibilidade de inversão, leciona Alexandre Malfatti: “A medida é salutar, mas não me parece obrigatória, pois o fornecedor, ao tomar contato com a petição inicial (após a citação), tem ciência das condições objetivas (ser o consumidor hipossuficiente ou ser a alegação provida de verossimilhança) e da concreta possibilidade de inversão do ônus da prova. Em outras palavras, o fornecedor deve produzir sua defesa atento à possibilidade do juiz dispensar o consumidor da prova do fato constitutivo do seu direito e exigir dele, fornecedor, a prova de algum fato impeditivo (extintivo ou modificativo) do direito do consumidor. O mesmo poderá acontecer, quando o consumidor estiver na posição de réu.” (*Ônus da prova no âmbito da publicidade*. p. 32.).

II. O Novo Código de Processo Civil – NCPC

O NCPC, em semelhança ao CPC/1973, impõe o ônus de provar a quem alega. Nos termos do artigo 373, “caput”, o ônus da prova incumbe “I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.” É a regra geral da distribuição do ônus da prova desde o Direito Romano, como mencionei.

A novidade é a existência dos parágrafos 1º e 2º do artigo 373. O NCPC prevê a inversão do ônus da prova nos seguintes termos: “§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

Portanto, a partir da vigência do NCPC, o juiz poderá atribuir de modo diverso o ônus da prova, desde que autorizado expressamente pela lei ou “diante de peculiaridades da causa”. Nesse caso, não há mais discussão a respeito do momento da inversão do ônus da prova: não poderá realizar na sentença, pois se deve dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus. Também não se poderá inverter o ônus se a situação de desincumbência do encargo foi impossível ou excessivamente difícil.

Nesse ponto, penso que o legislador não contribuiu para a celeridade processual.

Na minha opinião, nos casos autorizados por lei, não haveria necessidade de “decisão fundamentada” prévia a sentença que atribua ônus diverso ao previsto no artigo 333 do CPC/1973 ou artigo 373, “caput”, do NCPC. Mais uma vez, se existe lei prevendo a inversão, as partes sabem de antemão que devem produzir todas as provas a respeito de um determinado fato, sob pena de ter o seu pedido de procedência ou de improcedência desatendido. De toda sorte, parece-me que, em maior razão, essa prévia e fundamentada decisão é desnecessária em casos em que tal inversão de ônus da prova seja imposta “*ope legis*”.

A “teoria dinâmica do ônus da prova” afirma que o ônus da prova compete a quem, de acordo com as circunstâncias do caso, tem maiores condições de realizá-la. “O ônus probatório é repartido caso a caso, pelo juiz, de acordo com as peculiaridades fáticas e técnicas, ou seja, prova quem tem mais facilidade para tanto.⁵⁰” Tem a vantagem de impor o ônus da prova a quem detém as melhores fontes de informações. Considerando que inexistente regra de imposição de ônus da prova, pode-se afirmar que, na adoção total dessa teoria (o que não ocorreu no NCPC), não há propriamente uma inversão do ônus da prova, mas sua distribuição⁵¹. Ronnie Herbert Barros Soares, ao analisar o Projeto de Lei nº 166 do Senado Federal, que deu origem ao NCPC, já indicava que o dispositivo consagraria a teoria dinâmica do ônus da prova⁵².

Também Cíntia Rosa Pereira de Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco afirmam que, com a aprovação do NCPC, não há mais dúvidas de que a teoria da carga dinâmica do ônus da prova pode ser aplicada no Brasil⁵³.

É importante observar que, no NCPC, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova não suprime a regra da distribuição estática. “A grande verdade é que são dois raciocínios sucessivos: a insuficiência da distribuição estática, o que se revela pela própria leitura do preceito, pode autorizar a distribuição dinâmica.⁵⁴”

É regra imposta ao juiz. Não há necessidade de requerimento expresso para que o juiz distribua dinamicamente o ônus da prova⁵⁵.

A dificuldade probatória pode ser objetiva (por exemplo, prova de fato negativa) como subjetiva (quando em razão de uma hipossuficiência subjetiva a parte não tenha como produzir a prova)⁵⁶.

⁵⁰ MACÊDO, Lucas Buriel de. *Revisitando o ônus da prova*. p. 85.

⁵¹ Idem, p. 85.

⁵² Cf. *Natureza dúplice da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica)*. p. 596.

⁵³ Cf. *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins*. p. 326 e 327

⁵⁴ DUARTE, Ronnie Preuss; PEREIRA, Mateus Costa. *A distribuição dinâmica do ônus da prova e o novo CPC*. p. 187-188.

⁵⁵ Idem, p. 188.

⁵⁶ Idem, p. 188.

Impactos do NCPC na interpretação do CDC

Em teorias clássicas de solução de antinomias, uma ou outra regra deve ser aplicada, consoante os critérios de especialidade, hierarquia ou tempo. Assim, uma ou outra norma jurídica permanece válida, em caso de antinomia. A outra norma é afastada do sistema.

A teoria do “diálogo das fontes”, por outro turno, permite que haja uma interpretação mais flexível. Nesse ponto, a percussora no Brasil da teoria do “diálogo das fontes”, Claudia Lima Marques ensina: “Uma coordenação flexível é útil (*effect utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar sua ratio, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas.⁵⁷” Em outra obra, a mesma doutrinadora afirmou que a expressão hoje é utilizada para indicar a “aplicação simultânea do CDC com mais de uma lei geral ou especial, de forma ordenada e coerente com o valor constitucional de proteção ao consumidor.⁵⁸”

Por essa teoria, fica perfeitamente possível sustentar que, no embate entre dispositivos do CDC (especial e anterior) e NCPC (geral e posterior) prevalece não o posterior ou especial, mas a norma mais favorável ao consumidor. No caso, penso que a teoria do diálogo das fontes é totalmente aplicável em razão da proteção especial ao consumidor, prevista na Constituição Federal⁵⁹.

⁵⁷ Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 74, jan./mar. 2003.

⁵⁸ Diálogo das fontes. In: *Manual do direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012. p. 131.

⁵⁹ Em exemplo de aplicação prática do “diálogo das fontes”, sob a ótica do Direito civil e do Consumidor, Flávio Tartuce ensina: “Outro exemplo que pode ser citado refere-se ao contrato de transporte de passageiros. Como é notório, trata-se de um contrato de consumo na grande maioria das vezes, eis que a pessoas transportada é destinatária final de um serviço oferecido por uma empresa. Aplica-se, portanto, o Código de Defesa do Consumidor, o que não obsta as regras especiais previstas para este contrato típico no Código Civil (arts. 730 a 742). Nesse sentido, na IV Jornada de Direito Civil, realizada em outubro de 2006 foi aprovado o Enunciado n. 369, com o seguinte teor: “Diante do preceito contido no art. 732 do Código Civil, teleologicamente, e em uma visão constitucional de unidade do sistema, quando o contrato de transporte constituir uma relação de consumo, aplicam-se as normas do Código de Defesa do Consumidor que forem mais benéficas a este”. (*Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Método, 2010. v. 1, p. 130.).

O CDC é um microsistema jurídico, protetivo ao direito do consumidor. O consumidor tem o direito à inversão do ônus da prova, como meio de facilitação de defesa dos seus interesses em juízo. A inversão do ônus da prova, ainda que “ope judicis” e condicionada a certos requisitos, é um direito do consumidor. Não haveria sentido, então, negar a possibilidade de aplicação de lei geral mais favorável ao consumidor, ao argumento de que o CDC é norma especial.

No tema, o CDC tem como objetivo proteger uma das partes litigantes, o consumidor que a lei presume vulnerável. O NCPC, no entanto, possibilita a alteração das cargas do ônus probatório, considerando as peculiaridades do caso, peculiaridades estas relacionadas à intensa dificuldade ou grande facilidade de produzir determinada prova. No NCPC, não se pode inverter o ônus da prova se este ônus imposto for excessivamente difícil de ser cumprido. A mesma ressalva não existe expressamente no CDC. Cíntia Rosa Pereira de Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco afirmam que a inversão do CDC é a regra. No NCPC, a redistribuição do ônus probatório é exceção, justificada pela peculiaridade do caso⁶⁰.

Assim, no meu entendimento, ainda que o NCPC consagre a distribuição do ônus da prova como regra de instrução (ou seja, antes da sentença), a discussão ainda persiste sob o ângulo do CDC. No mesmo sentido, Cíntia Rosa Pereira de Lima e Lívia Carvalho da Silva Faneco afirmam: “Em suma, inversão do ônus da prova no CDC é regra de julgamento; enquanto a carga dinâmica das provas prevista no art. 358 do Projeto de Novo CPC é regra procedimental.⁶¹”

É interessante observar que, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a mera existência de projeto de lei a respeito do NCPC já bastou para impactar a interpretação de que a inversão do ônus da prova não pode ser realizada em sentença⁶². No entanto, pelas razões já expostas, não concordo com o entendimento.

⁶⁰ Cf. *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC*: distinção entre institutos afins. p. 329.

⁶¹ *Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC*: distinção entre institutos afins. p. 329.

⁶² “[...].Se o modo como distribuído o ônus da prova influi no comportamento processual das partes (aspecto subjetivo), não pode a inversão ‘ope judicis’ ocorrer quando do julgamento da causa pelo juiz (sentença) ou pelo tribunal (acórdão). Previsão nesse sentido do art. 262, § 1º, do Projeto de Código de Processo Civil. [...]” (STJ, REsp 802832/MG, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, DJe 21/09/2011).

De toda sorte, penso que não deve haver qualquer dúvida. No caso de inversão do ônus da prova “ope legis”, ainda que com a vigência do NCPC, não se exigirá que haja uma decisão prévia a respeito do ônus da prova antes da sentença.

VI. Conclusão

Na égide do CPC/1973, prevaleceu a regra clássica da distribuição estática do ônus da prova, segundo a qual a parte que alega deve provar. É certo que, mesmo nesse sistema, já havia mitigações ao princípio, se permitindo a dispensa da prova para fatos notórios ou mesmo a livre pactuação das partes a respeito do ônus da prova.

Com a vigência do CDC, no que se refere ao microsistema do direito do consumidor, houve significativa alteração nesse panorama. Nesse microsistema, há nova distribuição do ônus da prova, para os fatos relacionados à publicidade e fato do produto e serviços (inversão “ope legis”) e a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz (“ope judicis”). Atualmente, prevalece o entendimento de que a inversão do ônus da prova “ope judicis” é regra de instrução, o que merece críticas por parte da doutrina. As principais críticas são no sentido de que (i), desde a citação, o fornecedor sabe que há possibilidade de inversão do ônus da prova e se existem ou não os requisitos da inversão; (ii) as partes devem contribuir com a verdade e (iii) a ninguém é permitido sonegar informações ou provas a respeito do caso “sub judice”.

O NCPC mantém a regra geral do ônus da prova. No entanto, permite a distribuição do ônus da prova, considerando a dificuldade de uma das partes em produzi-la. No caso, há evidência de que a inversão, no caso, é regra de instrução, pois se permite que a parte possa se manifestar de modo a se desincumbir do ônus.

Pela teoria do “diálogo das fontes”, a partir da vigência do NCPC, nas lides de consumo, deve-se adotar a regra mais protetiva ao consumidor, a ser analisada no caso concreto. Em regra, o CDC permanecerá mais favorável ao consumidor.

Bibliografia

DUARTE, Ronnie Preuss; PEREIRA, Mateus Costa. A distribuição dinâmica do ônus da prova e o novo CPC. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 126, p. 182-191, maio 2015.

FERREIRA, William Santos. Limites da inversão do ônus da prova e a “reversão” nas ações de responsabilidade civil. In: GUERRA, Alexandre; BENACCHIO, Marcelo (Org.). *Responsabilidade civil bancária*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 361-381.

ICHIHARA, Yoshiaki. Ônus da prova – presunção, inversão e interpretação. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil: estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 643-655.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de; FANECO, Livia Carvalho da Silva. Inversão do ônus da prova no CDC e a inversão procedimental no projeto de novo CPC: distinção entre institutos afins. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 91, jan./fev. 2014.

MACÊDO, Lucas Buril de. Revisitando o ônus da prova. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 123, p. 70-86, jun. 2013.

MALFATTI, Alexandre David. Ônus da prova no âmbito da publicidade. In: MOREIRA, Alberto Camiña; ALVAREZ, Anselmo Prieto; BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Panorama atual das tutelas individual e coletiva: estudos em homenagem ao professor Sérgio Shimura*. São Paulo: Saraiva: 2011. p. 27-42.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 12, n. 45, p. 71-99, jan./mar. 2003.

MARQUES, Claudia Lima. Diálogo das fontes. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 117-133.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1693 p.

NUNES, Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 958 p.

SOARES, Ronnie Herbert Barros. Natureza dúplice da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica). OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 583-600.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1, 517 p.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, 539 p.

Desconsideração da personalidade jurídica. Apontamentos sobre a medida em favor do Consumidor e o Incidente previsto no Novo Código de Processo Civil

Alexandre David Malfatti^{1,2}

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. A desconsideração da personalidade jurídica em favor do consumidor no Código de Defesa do Consumidor. O parágrafo único do artigo 28 do CDC. Adoção da “teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica”

Inicialmente, ressalta-se a disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Cuida-se de uma seção dentro do capítulo IV da Lei nº 8.078/90: “Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação de Danos”.

A possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do CDC representa uma medida em favor do consumidor, sendo preciosa a abertura dada pelo parágrafo 5º do artigo 28: ***“também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”***.

¹ Especialista em Processo pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Coordenador da Área de Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura. Coordenador do Curso de Especialização em Direito do Consumidor na Escola Paulista da Magistratura. Palestrante em Cursos de Especialização e Cursos de Formação Inicial e Formação Continuada de Magistrados e autor de obras jurídicas nas áreas de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil.

² Importante anotar que a brilhante palestra proferida pelo Professor e Desembargador Itamar Gaino, na Escola Paulista da Magistratura, no dia 9.9.2015, no âmbito do curso “O Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código de Processo Civil”, serviu de estímulo para escrevermos o artigo. Nossas homenagens ao ilustre professor!

Essa norma geral configurou para as relações de consumo uma ampla possibilidade de adoção da medida em favor do consumidor, bastando que o ressarcimento dos prejuízos fosse de alguma forma embaçada.

Entende-se por “obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao consumidor” não somente a ausência de bens em nome da fornecedora. Há também situações em que a expropriação de bens da fornecedora será muito complexa e demorada, que estará viabilizada a desconsideração da personalidade jurídica como forma de efetivação do ressarcimento de maneira abreviada³.

A interpretação do CDC deve conformar-se aos princípios constitucionais e legais que, além do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, determinam como direitos básicos: (i) efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos e (ii) o acesso aos órgãos judiciários com vistas àquelas prevenção e reparação.

Portanto, conforme assentado na doutrina⁴ e nos tribunais⁵, o Código de Defesa do Consumidor adotou a chamada “teoria menor da

³ A lei não exigiu a inexistência de bens do fornecedor, para se admitir a desconsideração da personalidade jurídica. Obstáculo ou embaraço traduz uma situação de dificuldade. Isto é, a expropriação de bens do fornecedor pode ser de tamanha complexidade, demora ou risco que se justifica avançar-se sobre bens do sócio como forma de dar efetividade ao direito do consumidor ser ressarcido de maneira efetiva. A respeito, confira-se precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 2110907-23.2014.8.26.0000, 6ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Francisco Eduardo Loureiro, julgado em 14.8.2014, em que se admitiu a desconsideração da personalidade jurídica em favor do consumidor (um condomínio) porque a empresa fornecedora indicou a penhora direitos sobre jazigos, caracterizando-se ativos de baixa liquidez.

⁴ No início da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a doutrina divergiu sobre o alcance do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC. Conforme escólio do professor Cavaliere Filho (in: *Programa de direito do consumidor*, p. 362-363), “esse dispositivo, como era de se esperar, gerou grande divergência na doutrina e na jurisprudência. De um lado (Fábio Ulhoa Coelho, Genacéia da Silva Alberton, Zelmo Denari), há os que sustentam deva ser ele aplicado em consonância com o disposto no *caput* do art. 28, isto é, quando ficar configurada a fraude, o abuso de direito, o excesso de poder, etc. Os consumeristas, do outro lado, sustentam que o parágrafo 5º do art. 28 do CDC não guarda relação de dependência com o *caput* do seu artigo, o que, por si só, não gera incompatibilidade legal, constitucional ou com os postulados da ordem jurídica”. O professor Sergio Cavaliere destacou que, em sua opinião – representando aquilo que se formou na doutrina majoritariamente – mesmo fora das hipóteses do artigo 28, *caput* e parágrafos, podia o juiz desconsiderar a personalidade jurídica, diante de um obstáculo ao ressarcimento dos consumidores. Aliás, a título de lembrança, o próprio professor Zelmo Denari modificou sua posição – ao comentar o artigo 28 na obra “O Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto” (p. 256-258), passando a admitir a interpretação de acordo com a “teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica”.

⁵ A respeito, tem-se o precioso julgamento do Recurso Especial n. 279.273 – SP, 3ª Turma do STJ, relatora a Ministra Nancy Andrighi, julgado em 04.12.2003, DJ 29.3.2004, em que se discutiu a des-

desconsideração da personalidade jurídica” em que bastam indícios de insolvência – dificuldade para ressarcimento dos prejuízos do consumidor – para a admissão da medida.

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser direta. Assim ocorre, quando se atingem os bens e direitos dos sócios da pessoa jurídica fornecedora.

Entretanto, admite-se também a desconsideração inversa. A hipótese cuida do fornecedor como pessoa física ou pessoa jurídica, mas que possui participação em sociedades. Aqui, são atingidos os bens e direitos da pessoa jurídica – que não é fornecedora, mas tem o fornecedor (pessoa física ou pessoa jurídica) no quadro de sócios.

Cumpre-se destacar, ainda, que a desconsideração da personalidade jurídica pode atingir pessoas jurídicas, nos âmbitos empresarial e civil. Daí porque, por exemplo, admite-se a desconsideração de personalidade jurídica de cooperativas⁶.

Em suma, importante sempre frisar que a finalidade da chamada “*disregard doctrine*” é evitar a utilização indevida da pessoa jurídica, num sentido (direto) ou noutro (inverso). O consumidor credor deve ser beneficiado pela medida como forma de ser efetivamente ressarcido, insista-se, como realização de um direito básico – fundamental.

consideração da personalidade jurídica em relação aos réus da Ação Civil Pública no caso de ressarcimento dos consumidores pelo acidente do Osasco Plaza Shopping, destacando-se parte da ementa: “ – 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 CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no *caput* do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.” O referido julgamento constituiu verdadeiro marco da jurisprudência brasileira no caminho da adoção da “teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica”.

⁶ A respeito do tema, conferir o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Agravo de Instrumento nº 2078265-94.2014.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Miguel Brandi, julgado em 22.8.2014, destacando-se que a parte executada era uma cooperativa de habitação.

2. Aspectos processuais no CPC de 1973. Desconsideração da Personalidade Jurídica em ações de consumo

A aplicação da referida medida no âmbito das ações judiciais que envolvam relações jurídicas de consumo tem suscitado discussões.

O consumidor pode solicitar a desconsideração da personalidade jurídica no processo de conhecimento, quando já possui conhecimento de obstáculos ou embaraços para seu ressarcimento, se aguardada a fase de execução. Essa solicitação deve ser fundamentada, expondo-se os indícios dos obstáculos ou embaraços.

Todavia, usualmente o consumidor solicita a desconsideração da personalidade jurídica, na execução.

O trabalho destaca algumas polêmicas processuais.

A desconsideração da personalidade é uma “faculdade” do juiz?

Evidentemente não se cuida de uma faculdade. Traduz um direito do consumidor. Deve – e não “pode” – ser deferida pelo juiz, quando verificados os pressupostos para sua admissibilidade.

Uma vez deferida a desconsideração da personalidade jurídica, pode o executado (fornecedor) insurgir-se contra a aludida decisão?

Entendemos que não. Cuida-se de uma decisão que afeta os sócios (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração indireta). E não pode, porque não há *interesse e legitimidade* do executado, para a preservação de direito alheio – conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça⁷ e do Tribunal de Justiça de São Paulo⁸. Não haverá nem mesmo litisconsórcio entre o executado e as pessoas atingidas pela medida da desconsideração da personalidade jurídica.

⁷ A respeito do tema, conferir os precedentes do Superior Tribunal de Justiça: (i) 2ª Turma, Recurso Especial no 1.307.639/RJ, Relator o Ministro Herman Benjamin, julgado em 17.05.2012, Dje 23.05.2012 e (ii) 1ª Turma, Recurso Especial nº 793.772/RS, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, Dje 11.2.2009.

⁸ A respeito do tema, conferir o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, 31ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2077555-74.2014.8.26.0000, Relator o Desembargador Paulo Ayrosa, julgado em 10.06.2014, destacando-se: “AGRAVO DE INSTRUMENTO LOCAÇÃO DE IMÓVEL AÇÃO DE COBRANÇA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA INCLUSÃO DOS SÓCIOS NO POLO PASSIVO DETERMINAÇÃO DE INTIMAÇÃO RECURSO INTERPOSTO AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSO NÃO CONHECIDO. Não tem a agravante interesse e legitimidade recursal para defender em nome próprio direito alheio, visto que a decisão recorrida determinou a intimação pessoal dos sócios da devedora para pagamento do débito, bem como empresa terceira. Assim, como a decisão não atinge

Contudo, não se pode fechar as portas para uma discussão distinta. O que se pode admitir no âmbito da execução é a indicação de bens à penhora pelo executado, de maneira a discutir a necessidade da própria desconsideração da personalidade jurídica. Se houver uma garantia completa do juízo da execução, entendemos que a medida será desnecessária.

A desconsideração da personalidade jurídica torna o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) parte na execução?

Entendemos que sim. A compreensão de parte na execução deve ser ampla, de modo a atingir as pessoas responsabilizadas pelo pagamento. Como será visto adiante, as disposições do Novo Código de Processo Civil dissiparam as dúvidas a respeito.

Algumas questões processuais sempre preocuparam a doutrina, principalmente em relação à concretização do devido processo legal e o contraditório, como salientado em artigo do professor Fredie Didier Jr.⁹ A falta de previsão de um procedimento para a adoção da desconsideração da personalidade jurídica causava um desconforto aos juristas, o que justificava o desafio da “processualização” do tema.

Preferimos passar desde logo à discussão das normas processuais do Novo Código de Processo Civil, para o fim buscado no presente estudo.

3. Aspectos processuais no CPC de 2015. Desconsideração da Personalidade Jurídica em ações de consumo

O presente artigo não pretende fazer um exercício de “futurologia”, mas apenas propor a discussão sobre alguns pontos de interpreta-

a própria agravante, mas atingirá a pessoa física de seus sócios e empresa diversa, a recorrente não pode defender interesse de terceiros”. No mesmo sentido, o precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, 34ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2032502-70.2014.8.26.0000, Relator o Desembargador Gomes Varjão, julgado em 05.05.2014, destacando-se: “A sociedade executada não tem interesse nem legitimidade para recorrer contra decisão que desconsidera sua personalidade jurídica, pois o gravame é exclusivo dos sócios. Recurso não conhecido.”

⁹ Fredie Didier Jr. – artigo “Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica”, destacando-se: “Muito se discute a respeito do problema do cerceamento de defesa e da ofensa ao princípio do contraditório, nas hipóteses em que se busca dar efetividade à desconsideração da personalidade jurídica.”

ção do Novo Código de Processo Civil (Novo CPC), diante das normas do Código de Defesa do Consumidor.

Uma premissa básica: a aplicação do Novo CPC não pode traduzir uma diminuição da efetivação de direitos básicos do consumidor. Chamamos atenção para os direitos básicos do consumidor – (i) efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos e (ii) o acesso aos órgãos judiciários com vistas àquelas prevenção e reparação – que devem ser concretizados. Entendemos que a pretexto de aplicar o Novo CPC, não pode o juiz reduzir o alcance do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica está previsto como Capítulo IV no Título III “Da Intervenção de Terceiros” no Novo CPC.

O aludido incidente aplica-se às ações de consumo, notadamente àquelas em que o consumidor seja autor (na fase conhecimento) ou credor (na fase de execução ou na ação de execução de título extrajudicial)?

Entendemos que sim. Não parece haver incompatibilidade entre os sistemas normativos. O CDC sempre foi aplicado conjuntamente com as normas do CPC, até porque o primeiro não exauriu a disciplina processual das relações jurídicas de consumo. Respeitada a premissa fixada, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica será aplicável às ações que envolvam relação jurídica de consumo. Será buscada uma interpretação capaz de harmonizar princípios, direitos fundamentais e direitos básicos das partes envolvidas: consumidor e fornecedor.

Quais serão os contornos e os pressupostos para a instauração do incidente no Novo CPC?

Os artigos 133 e 134 do Novo CPC:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

A previsão inicial exige o requerimento da parte (credora) ou do Ministério Público, quando ele atuar no processo. Essa a regra geral.

Há pelo menos duas exceções que merecem nossa abordagem no âmbito da execução.

A primeira das exceções localiza-se justamente nas ações de consumo. Diante de uma situação de obstáculo no ressarcimento de danos, poderá o juiz desconsiderar a personalidade jurídica. Essa medida concretiza direito básico do consumidor e independe de requerimento. Faz parte do microsistema normativo do Código de Defesa do Consumidor.

Nem se diga que o Novo CPC exigiu provocação, consagrando-se o princípio dispositivo. Ao comentar o projeto do CPC, o professor Fredie Didier Jr.¹⁰ mencionou que havia um artigo que permitia a desconsideração por iniciativa do magistrado e que se encontrava em harmonia com o sistema do próprio Código Civil, destacando: “A permissão de

¹⁰ Fredie Didier Jr. – artigo “Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica”. Na época do artigo, o professor citou o texto do artigo 2º, parágrafo único do projeto de Lei n. 2426/2003: “Parágrafo único. Nas hipóteses em que a execução puder ser promovida de ofício pelo juiz, a decisão que declarar a desconsideração da personalidade jurídica ou aquela cujos efeitos implicarem na responsabilização pessoal de terceiros por débito da pessoa jurídica, além de nominar as pessoas atingidas, deverá indicar, objetivamente, quais os atos por elas praticados, sob pena de nulidade.”

desconsideração sem provocação está em conformidade com o sistema, que admite o reconhecimento *ex officio* da fraude à execução e da simulação (art. 168, par. ún., CC-2002)”.

Ora, se nas relações civis se admite o reconhecimento de ofício pelo juiz da simulação, não nos parece haver motivo para se negar igual permissão nas relações de consumo, marcadas pela vulnerabilidade do consumidor (artigo 4º, I CDC). Insista-se: reconhecem-se em favor do consumidor direitos básicos – materiais e processuais – voltados para facilitação da defesa dos seus direitos em Juízo, sempre com busca à efetivação do ressarcimento dos danos, materiais e morais, individuais e coletivos. Um sistema com essa conformação permite ao juiz a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, mesmo sem prévio requerimento do credor.

A segunda exceção insere-se nas ações que tramitam no âmbito do Juizado Especial Cível, mesmo quando não traduzam ações de consumo. O Novo CPC determinou a aplicação do incidente aos processos que tramitam no Juizado Especial Cível¹¹. Entendemos que a exceção se encontra naquela demanda iniciada em favor de uma parte sem assistência de um advogado (artigo 9º da Lei nº 9.099/95) e que, também na fase de execução, dispensa aquela assistência. Imaginar que um leigo precisa requerer a desconsideração da personalidade jurídica significa formalismo incompatível com o microsistema do Juizado Especial Cível¹². E o Juizado Especial Cível tem sido importante palco das demandas de consumo, reforçando a conclusão favorável à adoção da medida independente de requerimento prévio da parte.

O Novo CPC expressou a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica direta e também inversa.

Importante salientar, ainda, que o Novo CPC disciplinou a possibilidade do incidente da desconsideração da personalidade jurídica ser instaurado na fase de conhecimento ou na execução (de título judicial ou de título extrajudicial).

¹¹ Artigo 1.062 do Novo CPC: “O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.”

¹² Artigo 2º da Lei n. 9.099/95: “O processo orienta-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, *informalidade*, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação e a transação”.

O requerimento do consumidor para a desconsideração da personalidade jurídica deverá expor a situação prevista no CDC. Naquilo que dispõe o artigo 28 do CDC, caberá ao consumidor narrar a dificuldade ou o obstáculo encontrado para o ressarcimento dos danos por ele experimentados e causados pelo fornecedor.

Requerida na fase de conhecimento, a desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor será um capítulo da petição inicial - constando da fundamentação e do pedido. Impõe-se ao consumidor articular causa de pedir que exponha a razão pela qual se verifica o obstáculo no ressarcimento dos danos causados pelo fornecedor, tornando-se necessária a desconsideração da personalidade jurídica. É preciso que exista algum indício. Exemplos: (a) a desativação da loja em que se efetivou a compra dos produtos e (b) existência de demandas em que o consumidor não recebeu o crédito do mesmo fornecedor e já teve deferida a desconsideração da personalidade jurídica.

Ainda na fase de conhecimento, não se descarta que o consumidor só tenha conhecimento da necessidade daquela intervenção de terceiros, no curso da demanda – após a citação, mas antes da sentença. Entendemos que pode o autor (consumidor) solicitar a instauração do incidente, antes da sentença. Cuida-se de uma exceção permitida na lei processual, viabilizando-se a ampliação do objeto do processo para além do disposto no artigo 329 do Novo CPC.

Requerida na execução fundada em título judicial (fase de cumprimento da sentença) ou num título extrajudicial, a desconsideração da personalidade jurídica, o credor (consumidor) deverá expor o obstáculo no ressarcimento dos danos causados pelo fornecedor. Como regra, deverá ter buscado sem sucesso a constrição judicial (penhora ou arresto) sobre bens e direitos do fornecedor. Adotadas medidas como pesquisas no Banco Central do Brasil (BACEN-JUD), na Receita Federal (INFO-JUD) e no Departamento de Trânsito (RENA-JUD), resultando-se infrutíferas, estarão preenchidos os requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica prevista no parágrafo 5º do artigo 28 do CDC.

A comunicação ao distribuidor da instauração do incidente tem consequências relevantes, notadamente a de permitir que o credor adote providências para a garantia de uma futura penhora. Entendemos que o processamento do incidente permitirá ao credor a averbação do incidente no Registro de Imóveis, aplicando-se, por extensão, o disposto no artigo 799, inciso IX do Novo CPC. A medida é essencial para a proteção de terceiros de boa-fé, independente da caracteriza-

ção da fraude da execução retroagir à citação da pessoa atingida pela desconsideração (direta ou inversa), na forma do artigo 792, parágrafo 3º do Novo CPC.

Apesar da natureza de incidente e sua comunicação ao distribuidor para anotação, a lei processual não exigiu sua autuação em apartado. Poderá haver decisão do tribunal sobre a conveniência ou não dessa medida, inclusive no âmbito do processo digital.

Como se dará a suspensão do processo?

Entendemos que a regra do parágrafo 3º do artigo 134 do Novo CPC merece adequada interpretação, para que não se confira suspensão do processo fora do alcance necessário. A suspensão deve ser decidida pelo juiz, nos estritos termos necessários para se evitar prejuízos às partes.

Sendo assim, ao deferir o processamento do incidente, cabe ao juiz definir o alcance da suspensão do processo - na fase de conhecimento, na fase de execução ou na execução de título extrajudicial. Esses pontos serão abordados a seguir.

A disciplina do incidente ainda conta com os artigos 135 a 137 do Novo CPC:

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória. Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

No incidente de desconsideração da personalidade jurídica, haverá citação do sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa), fixando-se o prazo de 15 dias para a resposta.

Qual o limite dessa resposta? O que poderá o fornecedor alegar na hipótese do parágrafo 5º do artigo 28 do CDC? Diante da inércia do requerido, aplicam-se os efeitos da revelia?

Importante observar, mais uma vez, que a opção do Novo CPC foi de incluir no incidente apenas a pessoa atingida pela desconsideração. Não se permite a formação de um litisconsórcio entre fornecedor e o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (desconsideração inversa), no âmbito do incidente. O fornecedor participa do processo como parte e ali deve produzir sua defesa – contestação, impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução. No âmbito de sua defesa ou do próprio contraditório estabelecido na ação da qual é parte, pode o fornecedor apresentar seu patrimônio, demonstrar sua plena solvência e até garantir o Juízo. Essas hipóteses se encontram fora do incidente.

O sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) poderá se defender, no âmbito do incidente. Há várias possibilidades de conteúdo. Exemplos: (a) não integração do quadro societário, (b) participação ínfima e ocasional do quadro societário, (c) existência de penhora na execução capaz de garantir o Juízo, (d) plena solvência do fornecedor com patrimônio suficiente para garantia da execução, etc.

A inação do requerido, quando citado para responder o incidente, não produz o efeito da revelia (art. 344 do Novo CPC). Cuida-se de um incidente e que deve ser resolvido à luz dos elementos constantes dos autos.

Para facilitar a abordagem adicional do tema, vamos separar o incidente instaurado na fase de conhecimento daquele instaurado na execução.

Primeiro: incidente instaurado na fase de conhecimento

Lembramos que não haverá incidente se o pedido de desconsideração da personalidade jurídica for articulado na petição inicial, nos termos do parágrafo 2º do artigo 134 do Novo CPC. Nessa situação, o pedido de desconsideração integra o próprio objeto principal do processo.

A instauração do incidente será verificada quando o pedido de desconsideração da personalidade jurídica se der após a citação e antes da sentença.

Qual será a finalidade da citação no incidente? Poderá o requerido ser chamado a responder somente o incidente? Poderá ser chamado a responder o incidente e também o pedido principal?

Se o incidente for instaurado no âmbito da fase de conhecimento, poderá haver ainda resistência aos demais fundamentos e pedidos articulados na petição inicial. A contestação poderá percorrer os conteúdos a ela facultados pela lei processual, na busca de um desfecho favorável ao réu, já que o incidente torna o sócio ou a sociedade litis-consorte passivo da ação em fase de conhecimento.

Ainda abordando o incidente instaurado na fase de conhecimento, entendemos não haver necessidade de que seja primeiro acolhido o incidente com a decisão favorável à integração do sócio (na desconsideração direta) ou da sociedade (na desconsideração inversa) ao polo passivo da demanda, para então se abrir a possibilidade de uma contestação mais ampla. A citação para o incidente, naquele processo de conhecimento, quando o pedido do autor for articulado em momento posterior à petição inicial, deve servir para a defesa ampla. Tem-se como ônus do réu a impugnação ampla, incluindo-se não só o tema da desconsideração da personalidade jurídica, como também os demais fundamentos e pedidos da petição inicial. Privilegia-se a efetividade do processo e sua duração razoável.

Nesse passo, a solução do incidente na fase de conhecimento, havendo uma citação para amplo exercício do direito de defesa, pode ser dada no momento da sentença. Ou seja, não haverá necessidade de uma decisão interlocutória. E se for solucionado como sentença, desafiará apelação, numa exceção à regra do artigo 136 do Novo CPC.

Essa possibilidade de solução do incidente no momento da sentença fica evidente quando o processo for solucionado antecipadamente e sem instrução do processo, nos termos do artigo 355 do Novo CPC. Entretanto, verificada a hipótese de instrução e produção de outras provas, poderá o juiz optar por solucionar o incidente antes da sentença, como uma questão processual pendente, na forma do inciso I do artigo 357 do Novo CPC. Se houver elementos de prova suficientes para a decisão do incidente da desconsideração da personalidade jurídica, o juiz deverá decidir a referida questão, até para não se impor ao sócio ou à sociedade uma participação desnecessária nos demais atos do processo.

Além disso, nada impede que o processamento do incidente se dê diferentemente e sem a concentração propugnada. Pode o juiz reduzir o alcance da resposta do sócio ou da sociedade ao incidente, advertindo-se as partes que decidirá primeiro sobre a integração ou não ao processo (polo passivo) da pessoa chamada a contestar o pedido de

desconsideração da personalidade jurídica. Nessa hipótese, decidirá – decisão interlocutória (art. 136 do Novo CPC) – sobre o acolhimento ou não do pedido. Se for desconsiderada a personalidade jurídica, o processo retomará seu curso na fase de conhecimento, abrindo-se prazo para o “novo” réu (incluído por força do incidente no polo passivo) a possibilidade de ampla contestação prevista na lei processual (resistência ao pedido principal, reconvenção, exceção, etc.). Bastará, na segunda etapa, a intimação do aludido réu na pessoa do advogado, pela mesma decisão que deliberar sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Daí porque nos parece essencial que o juiz, ao deferir o processamento do incidente na fase de conhecimento ainda, defina dois pontos. Primeiro, o alcance da defesa a ser produzida pelo sócio ou pela sociedade chamada a responder o incidente. Deverá definir a amplitude dessa defesa, advertindo-se o requerido na citação. E segundo, o alcance da suspensão do processo. Deverá evitar a produção de atos de prova que possam aguardar a definição da intervenção de terceiros, de modo a viabilizar a ampla defesa e também o contraditório para o sócio ou a sociedade.

Segundo: incidente instaurado na execução

Também no âmbito da execução, cabe ao juiz definir o alcance da suspensão. Aqui, uma cautela. Essa suspensão não impede o prosseguimento da execução em relação a outros devedores solidários – outros fornecedores não alcançados pelo pedido de desconsideração da personalidade jurídica. E não impede inclusive a adoção de outras medidas de busca de patrimônio penhorável em relação ao fornecedor – sociedade (desconsideração direta) ou pessoa física (desconsideração inversa).

O obstáculo pode residir na dificuldade de identificação de bens ou direitos penhoráveis, justificando-se a instauração do incidente, mas sem que seu processamento impeça o prosseguimento de novas diligências na execução. Até porque a suspensão, como regra, alcançará penas a parte requerida do incidente.

Se o incidente for instaurado no âmbito da execução (fase de cumprimento de sentença ou ação de execução fundada em título extrajudicial), serão abertas ao sócio (na desconsideração direta) ou à sociedade (na desconsideração inversa) duas possibilidades. Primeiro, resiste ao

pedido e faz a impugnação no âmbito do incidente. Ou segundo, não resiste ao pedido, aceita a sua integração na execução como parte e desde logo oferece a defesa pertinente – impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos à execução. Essa hipótese torna indubitosa a integração do sócio ou da sociedade à execução como parte executada.

Ainda no âmbito da execução, se resistir ao pedido de desconsideração da personalidade jurídica, caberá ao sócio (na desconsideração direta) ou à sociedade (na desconsideração inversa) apresentar os argumentos contrários ao pedido formulado pelo credor, como salientado anteriormente.

Caberá ao juiz então decidir o incidente.

Evidentemente, no caso da impugnação ao cumprimento da sentença, não poderá o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) buscar rediscutir o mérito já decidido na fase de conhecimento. Sofrerá os efeitos da sentença condenatória e ao “novo” executado restará o mesmo campo de defesa previsto na lei processual – por exemplo, no caso de obrigação de pagamento, o conteúdo previsto no parágrafo 1º do artigo 525 do Novo CPC.

Nos embargos à execução, poderá o executado alegar a matéria admitida na lei processual – a defesa poderá alcançar o conteúdo previsto no artigo 917 do Novo CPC.

4. Considerações finais

A interpretação proposta logicamente não exauriu o campo de possibilidades e problemas que serão enfrentados no processo.

Insistimos na premissa: diante de uma ação de consumo, devem ser aplicadas as normas processuais do CDC. Não se pode admitir a não aplicação dos princípios do CDC (art. 4º) ou a não concretização dos direitos básicos (art. 6º).

E chamamos atenção para aquilo que se verifica na prática. É extremamente comum que o fornecedor, quando chamado a responder por prejuízos causados ao consumidor, esvazie propositadamente seu patrimônio. Não estamos a falar das grandes empresas e conglomerados econômicos. A realidade é muito diferente quando se cuida de uma relação jurídica de consumo que envolve pequenos e médios fornecedores. Empresários que à beira da insolvência ou por má-fé resolvem

criar obstáculos para o pagamento de suas dívidas com os consumidores. Exemplos não faltam, entre outros: (a) comércio de veículos usados, (b) prestação de serviços de assistência técnica, (c) venda de produtos pela *internet*, (d) venda de imóveis, (e) prestação de serviços de transporte de pessoas.

Essa colocação tem razão de ser. Pode surgir para o credor consumidor o justo receio de que, diante do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, ou até da adoção de ofício da medida, que o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) pratiquem atos (fraudulentos) para tornar a medida ineficaz.

Pode o juiz ordenar desde logo medidas de constrição judicial, notadamente o bloqueio via BACEN-JUD, para a garantia de uma futura execução, se acolhido o pedido do incidente cujo processamento foi deferido?

Entendemos que sim. Numa situação em que o fornecedor – devedor principal – já se encontra sem patrimônio ou cria obstáculos para ressarcimento do consumidor credor, apresenta-se como justo o receio de que o sócio (na desconsideração direta) ou a sociedade (na desconsideração inversa) adotem igual conduta.

Nessa linha de raciocínio, há lugar para que o juiz exerça o Poder Geral de Cautela, a requerimento do consumidor credor, até por força do disposto nos artigos 294 e 854, ambos do Novo CPC.

Atualmente, há precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo admitindo-se a simultaneidade das medidas de processamento da desconsideração da personalidade jurídica e também do bloqueio via BACEN-JUD, sendo oportuno mencionar o Agravo de Instrumento nº 2072700-52.2014.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, relator o Desembargador Rebello Pinho, julgado em 25.8.2014, com a seguinte fundamentação e que se filia ao entendimento fixado no próprio Superior Tribunal de Justiça:

3.3. Admissível o deferimento da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade devedora, nos próprios autos da execução por título extrajudicial ou do cumprimento de sentença, para alcançar o patrimônio de sócios e/ou ex-sócios, em desfavor de quem foi desconsiderada a personalidade jurídica, inclusive mediante penhora “on line”, de dinheiro, em espécie, ou em depósito ou

aplicação em instituição financeira, que ocupa o primeiro lugar na ordem de preferência (CPC, Art. 655, *caput* e I, CPC), não ofende o princípio da menor onerosidade da execução para o devedor e confere maior efetividade ao processo, com consequente intimação da constrição judicial da pessoa incluída no polo passivo, a qual poderá manejar os embargos do art. 746, do CPC, após intimação da constrição judicial, ou impugnação ao cumprimento de sentença, inclusive com discussão acerca da validade da desconsideração da personalidade jurídica, ou, ainda, se for caso, exceção de pré-executividade, além de pagar a dívida ou pedir substituição da penhora, não se havendo falar em prejuízo à sua ampla defesa e ao contraditório, em razão da ausência de citação ou de intimação para o pagamento da dívida (art. 475-J do CP), sob pena de tornar-se infrutuosa a desconsideração da personalidade jurídica, conforme a mais recente orientação do Eg. STJ, que se passa a adotar.

Pensamos que o Novo CPC não impede decisões de igual alcance¹³. A concessão de medida cautelar não traduz violação do devido processo legal ou do contraditório, quando presentes os requisitos que autorizam sua concessão. Cuida-se de uma providência prevista na lei processual.

A possibilidade do exercício daquele Poder Geral de Cautela independer do pedido da parte gera mais polêmica na doutrina. Sustentamos a possibilidade, a partir dos direitos básicos do consumidor (art. 6º, VII e VIII CDC) e da possibilidade de utilização das ações possíveis (art. 83 CDC). Notadamente, quando o processo tramitar no Juizado Especial Cível, parece-nos inviável exigir-se do consumidor credor e sem assistência do advogado que elabore e tenha a iniciativa também dessa tutela cautelar.

¹³ No mesmo sentido, colhe-se a posição do professor Victor Frederico Kümpel – artigo “A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC”, destacando-se: “Nesse diapasão, cumpre ressaltar, no entanto, que não há elementos que impeçam o magistrado de, no exercício de seu poder geral de cautela, conceder tutela que aproxime a aplicação do dispositivo à resolução útil do processo.”

Por fim, destacamos que a concessão da medida cautelar de bloqueio de recursos pelo BACEN-JUD poderá ampliar o campo de defesa do requerido. Poderá ele discutir inclusive a penhorabilidade dos valores e aplicações bloqueados, de modo a buscar a liberação independente do sucesso do consumidor credor no incidente da desconsideração da personalidade jurídica.

Esses apenas alguns apontamentos sobre o tema.

Bibliografia

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DENARI, Zelmo. *O Código de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I.

DIDIER JR., Fredie. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2015.

KÜMPEL, Vitor Frederico. *A desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI218182,81042-A+desconsideracao+da+personalidade+Juridica+no+novo+CPC>>. Acesso em: 15 set. 2015.

Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Proteção e Defesa do Consumidor: considerações acerca do § 5º do artigo 28 da Lei 8.078/90

*Paulo Guilherme Amaral Toledo*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: Introdução. 1. Desconsideração da Personalidade Jurídica: teorias maior e menor da desconsideração. 2. O § 5º do artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. 3. Conclusões. 4. Referências bibliográficas.

Introdução

A autonomia patrimonial da pessoa jurídica em face da pessoa e do patrimônio de seus sócios e administradores constitui importante mecanismo de incentivo ao desenvolvimento econômico e social porque ela estimula o empresário a se dedicar a atividades de maior risco e envergadura, sem comprometer seu patrimônio pessoal.

Ocorre que a personificação e a autonomia patrimonial, concedidas pelo Estado para incentivar a formação de pessoas jurídicas e, conseqüentemente, fomentar a atividade econômica, são muitas vezes utilizadas em prejuízo de direitos de terceiros, para ocultar a violação à lei ou dificultar a responsabilização patrimonial decorrente dessas irregularidades e em tais situações é legítimo que o Estado, que havia outorgado o privilégio da personificação, o suspenda para coibir a ilicitude, o abuso e o desvio de finalidade:

¹ Especialista em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura. Professor de Direito Civil da Universidade Paulista – UNIP.

Com a criação da ficção pessoa jurídica separaram-se rigidamente as pessoas dos sócios da personalidade jurídica da pessoa jurídica. O direito formal, como deveria sê-lo no caso, sempre deixou patente a hirta separação existente, inclusive no que respeitava à assunção de responsabilidades, a formação do patrimônio etc.

Acontece que o indivíduo, que não é inocente, passou a usar sua capacidade de criação para acobertar sob o manto formal da pessoa jurídica toda sorte de práticas abusivas e ilícitas.

O direito não podia ficar à margem desse processo, observando a clara manipulação praticada pelos detentores do poder nas pessoas jurídicas, que as estavam utilizando de maneira desviada.

Por isso, aos poucos passou a aceitar que, em casos especiais, a figura da pessoa jurídica fosse desconsiderada para que se pudesse alcançar a pessoa do sócio e seu patrimônio.²

Portanto, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica não é um valor absoluto e pode ser afastada quando indevidamente utilizada ou quando ela constituir óbice à tutela de direitos que demandem especial proteção, entre os quais merece destaque a tutela do consumidor.

Contudo, devido à importância da preservação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, é necessário buscar o equilíbrio entre a proteção desta autonomia e o combate aos abusos decorrentes de sua utilização. “A questão que se coloca é, portanto, a de buscar soluções que, sem destruir o instrumento legítimo representado pela pessoa jurídica, possam evitar que esta seja utilizada para fins abusivos.”³

Esta preocupação não passou despercebida da Professora Ada Pellegrini Grinover, que participou da comissão elaboradora do anteprojeto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

² NUNES JR., Serrano Vidal; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado* - doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 443.

³ AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais, responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 3, p. 1025.

Mas se é certo, como já acenado, que a desconsideração da personalidade jurídica é expediente que se justifica essencialmente pelo combate à conduta fraudulenta e abusiva, é justamente essa mesma circunstância que imprime ao instituto um caráter excepcional: embora a patologia justifique o emprego do remédio, a patologia ainda tem caráter de exceção e não se presume. Vale dizer: do correto emprego do instituto depende sua própria valorização, de tal sorte que o uso indiscriminado da teoria e das normas jurídicas que a positivaram poderia produzir efeito muito diverso do que o sistema pretende.⁴

No âmbito das relações de consumo, a desconsideração da personalidade jurídica está disciplinada no artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), do qual merece especial atenção o § 5º, ao estabelecer que “também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

O caráter amplo desse dispositivo tem suscitado diversos questionamentos acerca da extensão de seus efeitos e dos requisitos para sua aplicação, notadamente se ele estaria vinculado às situações previstas no caput (abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social em detrimento do consumidor) ou se representaria uma hipótese autônoma de desconsideração da personalidade jurídica, que permite a responsabilização pessoal dos sócios sempre que a independência patrimonial da pessoa jurídica for, por si só, um obstáculo à satisfação de direito do consumidor, independentemente da presença de outras circunstâncias.

Para responder a essa questão, devemos necessariamente levar em consideração que a Constituição Federal de 1988 alçou a proteção dos direitos do consumidor à condição de direito fundamental e princípio ordenador da atividade econômica (artigo 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal) e que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi editado em cumprimento disposto no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, justamente para ser o instrumento de efetivação dessa proteção constitucional.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual). In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009. p. 174.

1. Desconsideração da personalidade jurídica: teorias maior e menor da desconsideração

Ao receber a personalidade jurídica a pessoa jurídica dissocia-se da pessoa de seus sócios e administradores para se tornar um sujeito de direito autônomo, com direitos, obrigações e patrimônio que não se confundem com aqueles das pessoas naturais com ela envolvidas. Os sócios, associados e instituidores das pessoas jurídicas, para lhes dar vida e viabilizar a realização de suas finalidades autônomas, promovem em favor destas uma dotação patrimonial que, juntamente com os bens que elas vierem a adquirir no exercício de sua atividade, irão formar o patrimônio social, distinto do patrimônio daqueles que participaram de sua criação ou que exercem a sua administração.

Por conta dessa separação patrimonial, o patrimônio da pessoa jurídica não responde pelas obrigações dos sócios, instituidores, associados ou dirigentes e o patrimônio destes também não é afetado pelas obrigações da pessoa jurídica. A pessoa jurídica fica a salvo da atividade privada de seus membros, nas quais eles possam apresentar desventura patrimonial, enquanto os sócios, administradores e instituidores, que assumem o risco da atividade da pessoa jurídica, conseguem proteger seu patrimônio pessoal dos infortúnios desta.

Essa separação cumpre importante finalidade social, porque dá aos sócios e administradores a tranquilidade e a independência necessárias para a gestão da pessoa jurídica e para a consecução dos fins para os quais ela foi criada, principalmente quando se trata do exercício da atividade empresarial. Não fosse assim, a ruína financeira de um dos sócios poderia colocar em risco a existência da pessoa jurídica e a execução do objeto social e, em contrapartida, poucos estariam dispostos a se envolver em empreendimentos mais arrojados se tal atividade necessariamente comprometesse seu patrimônio pessoal e as condições de vida de seus familiares:

Como ao Estado interessa sobremaneira que os homens conjuguem os seus esforços a fim de propiciar a execução de ideais comunitários, que não conseguiriam realizar isoladamente, o direito promove a formação de associações que tenham o objeto de superar a debilidade de suas forças e a brevidade de suas vidas.

Para estimular a realização dessas associações e incentivar os homens a concentrarem recursos e esforços no sentido de realizarem o ideal comum, o Estado valeu-se da personificação societária, através da qual outorga ao ente assim criado a aptidão para o exercício e aquisição de direitos, por si só, na vida civil.

A atribuição de personalidade jurídica corresponde, assim, a uma sanção positiva ou premial, no sentido de um benefício assegurado pelo direito – que seria afastado caso a atividade fosse realizada individualmente – a quem adotar a conduta desejada. Esse benefício é dominado por alguns princípios fundamentais, que foram se firmando com o tempo, dentre os quais ressalta a doutrina moderna: a) não atribuição à pessoa dos sócios das condutas praticadas pela sociedade; b) distinção entre patrimônio da sociedade e patrimônio dos sócios – *quod debet universitas non debet singuli*; c) vida própria e distinta da de seus membros.⁵

Todavia, em algumas situações a independência patrimonial da pessoa jurídica acoberta o exercício de atividades ilícitas ou fraudulentas, dificulta a responsabilização por prejuízos causados a terceiros ou se transforma em obstáculo para a tutela de direitos fundamentais e, em tais casos, se justifica superação dessa autonomia por meio da desconsideração da personalidade jurídica, que representa uma reação legítima do Estado aos abusos praticados sob o manto da distinção entre a vida, a responsabilidade e o patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica.

Vale lembrar que a desconsideração da personalidade jurídica não conduz à extinção da pessoa jurídica, não a despoja em definitivo de sua personalidade jurídica e não a impede de continuar a existir como entidade autônoma. Ela representa apenas uma situação excepcional e episódica, que possibilita ao julgador, diante de determinada situação concreta, suspender temporariamente a separação patrimonial

⁵ KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais, responsabilidade civil: direito de empresa e exercício da livre iniciativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 988.

existente entre a pessoa jurídica e seus sócios e administradores, para responsabilizar estes pelos atos daquela (desconsideração direta) ou aquela pelos atos deste (desconsideração inversa).

De qualquer forma, em decorrência da relevância social da preservação da autonomia da pessoa jurídica, a desconsideração da personalidade jurídica é uma medida excepcional, daí a importância de fixar os critérios autorizadores de sua utilização, para o que merecem destaque a teoria maior e a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

A teoria maior considera que a responsabilização dos sócios e administradores pelos atos da pessoa jurídica não depende apenas da demonstração da insuficiência patrimonial e do inadimplemento. Ela exige também a comprovação de que a autonomia da pessoa jurídica foi utilizada de forma irregular.

A teoria maior divide-se entre a formulação subjetiva, para a qual a desconsideração da personalidade jurídica pressupõe a existência de ato fraudulento e exige a comprovação de que houve desvio de finalidade ou fraude praticada por intermédio da autonomia da pessoa jurídica, e a formulação objetiva, na qual o elemento fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica é a confusão patrimonial, a mistura entre o patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica, sem necessidade de tecer indagações a respeito da intenção do agente ou da existência de fraude ou desvio de finalidade.

Já, segundo a teoria menor, para que o patrimônio dos sócios e administradores possa ser responsabilizado pelos atos da pessoa jurídica basta o inadimplemento e a não localização de bens da entidade responsável, independentemente da ocorrência de fraude, abuso, desvio de finalidade, confusão patrimonial ou quaisquer outras circunstâncias.

O cerne da teoria menor está no risco da atividade, que não poderia ser transferido para os terceiros que contrataram com a pessoa jurídica ou que ficaram expostos às suas práticas empresariais, lícitas ou não, e por esta razão, verificado o inadimplemento e não localizados bens da pessoa jurídica para saldar a obrigação assumida ou a ela imputada, independentemente de ter ocorrido má gestão, má administração, intuito fraudulento ou má-fé dos sócios ou administradores, estes devem ser responsabilizados em razão do risco por eles assumido na condução dos negócios sociais.

2. O § 5º do artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Em se tratando de desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo, o dispositivo legal que suscita maiores controvérsias é, sem dúvida, o parágrafo 5o do artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que dispõe: “§ 5o Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Bruno Miragem aponta que o dispositivo em comento, em decorrência do “caráter amplo e, de certo modo objetivo, ou menos independente de culpa, uma vez que abrange todas as hipóteses, presentes ou não a culpa e o dolo, suscita grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais”.⁶

Para Zelmo Denari, o § 5º do artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor teria sido vetado pela Presidência da República e, por “equivoco remissivo”, o veto acabou recaindo sobre o § 1º, uma vez que “não há referibilidade alguma entre as razões de veto e a disposição contida no parágrafo vetado, que se limita a indicar quais administradores deverão ser pessoalmente responsabilizados na hipótese de acolhimento da desconsideração”.⁷

Todavia, apesar da possibilidade de ter havido o equivoco remissivo, é certo que o veto presidencial recaiu sobre o § 1º do artigo 28 e, por conseguinte, o § 5º está em vigor e estabelecida esta premissa resta apenas estabelecer os requisitos para que se opere a desconsideração da personalidade jurídica com fundamento no dispositivo em apreço e neste aspecto são muitas as críticas a ele endereçadas.

No entender de Luciano Amaro:

O enunciado do parágrafo é tão genérico, abrangente, ilimitado, que, aplicado literalmente, dispensaria o *caput* do artigo, e tornaria inócua a própria construção teórica da desconsideração,

⁶ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. edição rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 521.

⁷ DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. atual. e reform. Ada Pellegrini Grinover et al. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I e II. p. 255.

implicando em derrogar (independentemente de qualquer abuso ou fraude) a limitação de responsabilidade dos sócios de todos e qualquer empresa fornecedora de bens ou serviços no mercado de consumo.⁸

Fábio Ulhoa Coelho aponta três fundamentos para afastar a interpretação literal do dispositivo, segundo a qual “a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a desconsideração da pessoa jurídica”:

Em primeiro lugar, porque contraria os fundamentos teóricos da desconsideração. Como mencionado, a *disregard doctrine* representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica, e não a sua negação. Assim, ela só pode ter a sua autonomia patrimonial desprezada para a coibição de fraudes ou abuso de direito. A simples insatisfação do credor não autoriza, por si só, a desconsideração, conforme assenta a doutrina na formulação maior da teoria. Em segundo lugar, porque tal exegese literal tornaria letra morta o *caput* do mesmo art. 28 do CDC, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras do superamento da personalidade jurídica. Em terceiro lugar, porque essa interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, e, se tivesse sido esta a intenção da lei, a norma para operacionalizá-la poderia ser direta, sem apelo à teoria da desconsideração.⁹

E ele conclui que o § 5º do artigo 28 deve ser aplicado “apenas às sanções impostas ao empresário, por descumprimento de norma protetiva dos consumidores, de caráter não pecuniário. Por exemplo, a proibição da fabricação de produto e a suspensão temporária de atividade ou fornecimento.”¹⁰

⁸ AMARO. Op. cit., p. 1034.

⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 54.

¹⁰ Idem, p. 54.

Para Alexandre Couto Silva:

O § 5º do art. 28, apesar do sentido amplo de se desconsiderar a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, deve ser interpretado com bastante cautela, pois a existência de simples prejuízos causados aos consumidores não é suficiente para a aplicação da teoria da desconsideração.¹¹

Segundo ele:

[...] por óbice ao justo ressarcimento, deve-se inferir e provar que o instituto da pessoa jurídica foi utilizado para realizar o abuso de direito, fraudar aos consumidores, evitar uma obrigação existente, ou para tirar vantagem da lei e proteger a desonestidade ou delito, promovendo a injustiça.¹²

No mesmo sentido, se posiciona Gustavo Felipe Barbosa Garcia, para quem:

O dispositivo em questão não deve ser interpretado isoladamente, mas de forma teleológica e sistemática, de acordo com os fundamentos da teoria em estudo, tendo em vista os critérios previstos no próprio caput do mesmo art. 28, que, aliás, não se restringem aos tradicionais critérios de fraude e abuso no exercício da personalidade jurídica.¹³

¹¹ SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 168.

¹² Idem.

¹³ GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. III, n. 14, p. 453, dez. 2006.

De acordo com Marlon Tomazette, somente haverá a desconsideração “se a pessoa jurídica foi indevidamente utilizada, e por isso impede o ressarcimento do consumidor, pois em tal caso haveria injustiça”.¹⁴

Maurício Cunha Peixoto também se manifesta contra a aplicação mais abrangente do artigo 28, parágrafo 5º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

Preocupante é o § 5º do dispositivo, porque contém uma generalização extremamente perigosa.

De duas uma, ou se adota a posição sustentada por alguns, no sentido de que houve um erro material no veto lançado ao artigo, isto é, vetou-se o § 1º, mas na verdade o veto, pelas razões explicitadas pelo executivo, destinara-se, na verdade, ao § 5º, que, portanto, deve ser considerado inoperante, como se vetado estivesse; ou se dá uma interpretação restritiva ao dispositivo, ligando-o ao caput do art. 28, para aplicá-lo só em hipóteses de abuso de direito.¹⁵

Ada Pellegrini Grinover também avalia tais posicionamentos:

A desconsideração, como visto, não é medida que se possa ou que se deva banalizar e não é panacéia para todos os males de credores em face de possíveis devedores. Mesmo nos casos em que a legislação – como no caso da tutela do consumidor e mesmo do meio ambiente – sugere que a desconsideração possa ser feita pela simples insuficiência do patrimônio daquele que, no plano do direito material, ostenta a qualidade de devedor (titular passivo da obrigação), ainda nesses casos a mais autorizada doutrina salienta que a interpretação de tais dispositivos só pode e deve ser feita à luz de todo o arcabouço doutrinário que preparou a

¹⁴ TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 794, p. 91, 2001.

¹⁵ NUNES JR., Serrano Vidal; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado* – doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 443.

incorporação da regra pelo sistema positivo e, assim e de volta ao início, a desconsideração deve ser vista como medida excepcional.¹⁶

Todas essas manifestações apontam para uma redução da eficácia do § 5º do artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, seja para aplicá-lo apenas como fundamento para impor ao empresário alguma das sanções administrativas previstas no Código, seja para submeter sua aplicação à presença dos requisitos estabelecidos no caput, adotando os fundamentos da teoria maior da desconsideração, em seu viés subjetivo.

No entanto, essa visão restritiva da aplicação do § 5º do artigo 28 não traduz a melhor interpretação para o dispositivo legal em análise.

A pretensão de aplicar o § 5º do artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor apenas como fundamento para a imposição de sanções administrativas contraria o texto expresso da norma, que prevê a desconsideração da personalidade jurídica como forma de superar obstáculo ao ressarcimento de prejuízo causado aos consumidores, ou seja, a responsabilização dos sócios é deferida justamente para viabilizar a reparação dos danos causados aos consumidores, o que importa em alcançar o patrimônio dos sócios quando insuficiente o da pessoa jurídica, situação que não acarreta necessariamente a aplicação de sanções por descumprimento de outras normas de proteção dos direitos do consumidor.

Também não se justifica subordinar a aplicação do dispositivo em análise à comprovação de abuso de direito, fraude ou conduta ilícita porque o caput do artigo 28 já permite a desconsideração nessas situações.

Ademais, a simples leitura do § 5º do artigo 28 não deixa dúvida acerca da intenção do legislador, que foi criar uma nova situação de desconsideração da personalidade jurídica, independente daquela do caput, tanto que ele utilizou a expressão “*também poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica*”, ou seja, além das situações do caput poderá haver a desconsideração da personalidade jurídica quando esta for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da desconsideração da pessoa jurídica* (aspectos de direito material e processual). In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009. p. 180.

Esta é a conclusão de Jorge Alberto Quadros de Carvalho Silva:

Embora haja críticas contundentes vinculando a aplicação da regra do § 5º ao *caput* de seu artigo, certo é que a regra nele insculpida é autônoma, haja vista a presença do advérbio “também”, cuja idéia é o acréscimo de uma hipótese.

Assim, afora os casos do *caput* e dos parágrafos anteriores, ainda poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica sempre que esta representar, de qualquer forma, entrave à reparação dos danos causados aos consumidores.¹⁷

De qualquer forma, mais importante do que o teor da linguagem é o aspecto teleológico da norma e, no caso do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sua finalidade, não é outra senão servir de instrumento para a efetiva proteção do consumidor, alçada pela Constituição Federal de 1988 à condição de direito fundamental e princípio ordenador da atividade econômica (artigo 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal).

O Ministro Celso de Mello, ao analisar a aplicabilidade do Código de Proteção e Defesa do Consumidor à atividade bancária, destacou essa natureza instrumental da tutela constitucional do consumidor:

Com o claro objetivo de dar concreção e significado a tais proclamações constitucionais, a Carta Política fez instaurar um estado de comunhão solidária entre as diversas esferas políticas que compõem a estrutura institucional da Federação Brasileira, congregando-se em termo de finalidade comum, impregnada do mais elevado sentido social.

Vale referir, bem por isso, a primazia que a Carta Política conferiu tanto à defesa do consumidor quanto à preservação da integridade das prerrogativas jurídicas, que, em seu favor, foram reconhecidas pelo ordenamento positivo, podendo-se afirmar, a partir de tal asserção, que os direitos

¹⁷ SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 142.

do consumidor, embora desvestidos de caráter absoluto, qualificam-se, no entanto, como valores essenciais e condicionantes de qualquer processo decisório que vise a compor situações de antagonismo resultantes das relações de consumo que se processam, no âmbito da vida social, de modo tão estruturalmente desigual, marcada, muitas vezes, pela nota indistigível da conflituosidade, a opor fornecedores e produtores de um lado, a consumidores de outro (Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591-1/Distrito Federal, DJU de 07/06/2006).

A natureza de direito fundamental da proteção ao consumidor é, pois, condicionante de toda e qualquer análise acerca das relações de consumo, inclusive quanto à possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, razão pela qual as interpretações restritivas dadas ao § 5º do artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, além de se apartarem do sentido literal utilizado propositadamente pelo legislador, contrariam a finalidade da norma porque enfraquecem a proteção dada aos direitos do consumidor ao dificultarem o ressarcimento dos prejuízos a ele causados.

Em suma, o caráter instrumental do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a interpretação literal do disposto no § 5º do artigo 28 impõem o reconhecimento de que no âmbito das relações de consumo a autonomia patrimonial da pessoa jurídica pode ser afastada não apenas quando verificado o desvio de finalidade, o abuso de direito ou a prática de ato ilícito, situações previstas no *caput* do dispositivo, mas também quando a própria separação patrimonial constituir óbice para a efetiva tutela dos direitos do consumidor, fato bastante para autorizar que se alcance o patrimônio dos sócios para que eles respondam pelos atos e obrigações da pessoa jurídica. Trata-se, no caso, de aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica.

Essa foi a conclusão do julgamento do Recurso Especial 279.273-SP (2000/0097184-7), publicado no DJ de 29.03.2004, no qual restou vencedora, por maioria, a tese defendida pela Ministra Nancy Andri-ghi, segundo a qual, verificado o estado de insolvência e a incidência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, “deve ser acolhida a **teoria menor da desconsideração**, como prevista no § 5º do art. 28, independentemente de prova quanto à existência de conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e administradores indicados.”

4. Conclusões

A desconsideração da personalidade jurídica é um instrumento excepcional do qual o Poder Judiciário se vale para combater o uso indevido da autonomia da pessoa jurídica. Ela não acarreta a extinção da pessoa jurídica e tampouco impede que ela continue a desenvolver suas atividades, possibilitando tão somente o afastamento excepcional e episódico da distinção entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio dos seus sócios e administradores para responsabilizar este pelos atos daquela (desconsideração direta da personalidade jurídica) e vice-versa (desconsideração inversa da personalidade jurídica).

No âmbito das relações de consumo, a desconsideração da personalidade jurídica encontra-se disciplinada no artigo 28 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, do qual merece destaque o § 5º, ao estabelecer que “também poderá ser desconsiderada a personalidade jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Esse dispositivo tem suscitado intensos debates, notadamente quanto à necessidade de reduzir sua abrangência e de se exigir a presença dos requisitos do *caput* do artigo 28 (prova de abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social praticados em detrimento do consumidor) para que ele seja aplicado e autorize a desconsideração da personalidade jurídica.

A interpretação restritiva conferida ao § 5º do artigo 28 contraria o teor literal da linguagem adotada propositadamente pelo legislador, do qual se depreende que ele criou uma hipótese autônoma e mais abrangente de desconsideração da personalidade jurídica, e não atenta para a finalidade da norma e do próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que não é outra senão tornar efetiva a tutela constitucional dos direitos do consumidor.

Com efeito, a partir do reconhecimento de que a proteção do consumidor é direito fundamental (artigo 5º, inciso XXXII da Constituição Federal) e de que o Código de Proteção e Defesa do Consumidor é o instrumento para torná-la efetiva, outra solução não há senão conferir ao § 5º do artigo 28 o amplo alcance que sua interpretação autônoma e literal possibilita, permitindo a desconsideração da personalidade jurídica nas relações de consumo independentemente de confusão

patrimonial, fraude, má-fé, abuso, ilicitude ou quaisquer outras circunstâncias, bastando que, no caso concreto, a autonomia patrimonial concedida pela lei às pessoas jurídicas seja, por si só, empecilho para o pleno ressarcimento de prejuízos causados ao direito do consumidor.

Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. *Desconsideração da pessoa jurídica no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 2.

_____. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. Ada Pellegrini Grinover et al. 10. ed. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. I e II.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Desconsideração da personalidade jurídica no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Repertório de Jurisprudência IOB*, v. III, n. 14, dez. 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Da desconsideração da pessoa jurídica (aspectos de direito material e processual). In: *O processo: estudos e pareceres*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: DPJ, 2009.

KRIEGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais, responsabilidade civil: direito de empresa e exercício da livre iniciativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Doutrinas essenciais, responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 3.

NUNES JÚNIOR, Serrano Vidal; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado – doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Verbatim, 2011.

PEIXOTO, Maurício Cunha. Desconsideração da personalidade jurídica e o artigo 50 do Novo Código Civil. Palestra proferida no seminário: O direito societário face ao novo código civil. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUÇÃOOCIENTIFICA/artigos/mauriciodacunhapeixoto.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2012.

SILVA, Alexandre Couto. *A aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor anotado e legislação complementar*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

TOMAZETTE, Marlon. A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 794, dez. 2001.

Os fornecedores (unipessoais e pluripessoais) na relação de consumo e a desconsideração da personalidade jurídica

Hugo Leandro Maranzano

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

O Código de Defesa do Consumidor, desde que foi editado, há praticamente 25 anos, tem sido elogiado pela Doutrina, sobretudo pelo rol de princípios e direitos básicos assegurados ao consumidor. O modelo adotado pelo Código tem permitido sua aplicação ao longo de tantos anos com relativo êxito, ou seja, sua estrutura normativa deve ser destacada se forem consideradas as vertiginosas mudanças pelas quais o mundo e nossa sociedade passaram ao longo destas duas décadas, sem precedentes na história da civilização. É verdade que há propostas de alterações legislativas em tramitação no Congresso Nacional, objetivando atualizações, entre as quais aquelas relacionadas ao comércio eletrônico, instrumento cada vez mais utilizado pelos consumidores na aquisição de produtos e serviços, impondo-se assim uma disciplina legal sobre a matéria. No entanto, apesar de eventuais modificações pontuais, nossa legislação consumerista permanece “jovem”, resultado do arcabouço normativo, bastante avançada à época, baseada não apenas em regras de direito, mas em princípios.

Considerando o tema abordado neste artigo, cabe especial referência ao princípio mencionado no artigo 6º, inciso VI do Código, na categoria de direitos básicos do consumidor, consistente na efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos. Para dar concretude a esse direito básico do consumidor, que busca dar efetividade ao sistema consumerista, adotou-se para as relações de consumo a regra da responsabilidade objetiva e que todos os autores da lesão que compõem o elo básico na colocação de produtos e serviços serão solidariamente responsáveis pela reparação do dano.

Outro aspecto relevante para assegurar o direito à reparação integral dos prejuízos ao consumidor diz respeito à responsabilidade patrimonial do fornecedor, a partir da análise de um aspecto não muito explorado pela Doutrina consumerista, que está relacionado à forma de constituição jurídica da empresa, ou seja, da atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor, que poderá atuar no mercado de consumo, vendendo produtos ou oferecendo serviços, de forma unipessoal ou pluripessoal, critério este que leva em consideração o número de pessoas que constituirão a empresa do fornecedor, que acarretarão diferenças em relação à responsabilidade patrimonial, no caso de lesão ao consumidor. Não se pode ainda olvidar da preocupação legislativa quanto à extensão da responsabilidade patrimonial do fornecedor, possibilitando a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, prevista no artigo 28 da lei, última seção do quarto capítulo, que cuida exatamente da prevenção e reparação dos danos causados ao consumidor pelo fornecedor.

De fato, a previsão legal que autoriza o consumidor a desconsiderar a personificação societária, quando existente, para alcançar o patrimônio particular dos sócios da pessoa jurídica, é elemento essencial para se assegurar o direito à reparação integral dos prejuízos causados ao consumidor pelo fornecedor, consubstanciado pelo princípio da efetividade, de enorme importância no sistema consumerista, capaz de justificar o regramento legal específico e diferenciado da *disregard doctrine* pelo CDC. Entretanto, dependendo do número de pessoas que constituirão a atividade econômica desenvolvida pelo fornecedor, não se cogitará da aplicação da desconsideração. Também deverá ser analisada a possibilidade de extensão da responsabilidade patrimonial do fornecedor, por meio da aplicação da desconsideração, às relações de consumo quando estiver presente uma figura jurídica introduzida em 2011 no Código Civil, denominada empresa individual de responsabilidade limitada (artigo 980-A), que não se confunde com o conceito de empresário individual. Essas questões estão diretamente vinculadas ao direito do consumidor à reparação integral dos prejuízos causados pelo fornecedor.

2. Da relação jurídica de consumo; fornecedor como empresário ou sociedade empresária

A Lei 8.078/90 será aplicável somente se a relação jurídica for caracterizada como de consumo, visto contemplar um regime próprio,

com regras e princípios específicos, com plena autonomia em relação aos demais ramos do direito. A técnica empregada pelo legislador não foi de apresentar uma definição específica sobre o que seja uma relação de consumo, mas de conceituar os sujeitos desta relação (consumidor e fornecedor), assim como seu objeto (produto ou serviço), sem o que são inaplicáveis as normas protetivas estabelecidas na lei. Daí a importância da definição jurídica de fornecedor e consumidor, pois, importante insistir, somente existirá um consumidor se também existir um fornecedor. Tanto assim que a definição de consumidor está prevista logo no segundo artigo da lei ao estabelecer que é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. E já no artigo seguinte há a definição de fornecedor, o que demonstra que ambos os conceitos são dependentes, uma vez que somente haverá relação de consumo com a presença destes dois sujeitos.

Pela simples leitura do artigo 3º, verifica-se a amplitude da definição legal de fornecedor, que, aliás, não é exaurida pela redação contida no *caput*, visto que deve ser interpretada de acordo com os conceitos de produto e serviço previstos nos parágrafos primeiro e segundo. Desse modo, enquadra-se como fornecedor denominações diversas daquelas empregadas no dia a dia, tal como empresário, comerciante, industrial, construtor, banqueiro, segurador, importador, exportador, além de diversas outras, quer sejam nacionais, estrangeiros, o próprio Estado, por si mesmo ou por meio de concessionárias de serviço público, independente da forma de constituição do agente econômico, englobando tanto a pessoa jurídica quanto a pessoa física. A abrangência do conceito legal, que se estende inclusive a entes sem personalidade jurídica (despersonalizados), permite a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de fornecimento, o que será importante para assegurar a efetiva reparação dos danos materiais e morais em relação ao consumidor.

Percebe-se então que a expressão fornecedor pode ser compreendida como gênero, do qual são espécies os diversos agentes econômicos, com o claro propósito de facilitar a responsabilização de todos eles. Sem prejuízo da amplitude desse conceito legal, é importante analisar a forma de constituição jurídica daquele que exerce quaisquer das atividades econômicas referidas pela lei, quer seja de produção, construção, distribuição ou comercialização de produtos ou serviços direcionados ao mercado de consumo, tendo em vista sua repercussão quanto à responsabilidade patrimonial, vale dizer, no caso de prejuízos, danos, causados ao consumidor, qual o patrimônio que poderá ser

alcançado, executado por obrigação resultante da relação de consumo, à vista do princípio de que o patrimônio do devedor é a garantia dos seus credores.

Atividades econômicas de pequeno porte são, em geral, desenvolvidas por pessoas físicas e, à medida que os negócios se avolumam e os recursos já não são suficientes para arcar com os custos e as despesas, além da própria possibilidade de ampliação resultar prejudicada, busca-se uma reunião, uma conjugação de esforços entre várias pessoas por meio da constituição de uma sociedade. Essas situações distintas, ou seja, o exercício da atividade econômica de forma individual, solitária, ou por meio da reunião de duas ou mais pessoas, acarreta importantes diferenças em relação à responsabilidade patrimonial do fornecedor.

A título de exemplo, se uma pessoa física tem um *site* de vendas, atua no chamado comércio eletrônico, fornecendo produtos ou serviços, e se dedica à exploração desta atividade individualmente, no caso de prejuízo ao consumidor, seu patrimônio particular estará imediatamente comprometido, de forma direta e ilimitada, ou seja, ainda que esteja regularmente constituída nos órgãos competentes e lhe tenha sido atribuído um CNPJ próprio, distinto do seu CPF. Se uma pessoa estiver em pleno gozo da capacidade civil e não for legalmente impedida (artigo 972 do Código Civil) poderá empreender qualquer tipo de negócio individualmente, sendo conhecida pelo jargão de empresa individual, empresa unipessoal, firma individual ou até mesmo “pessoa jurídica”, embora a expressão tecnicamente correta seja empresário, o qual, juntamente com a sociedade empresária, são os sujeitos capazes de desenvolver a empresa, compreendida esta na acepção que lhe foi dada pelo Código Civil a partir da leitura do artigo 966, de atividade econômica organizada de produção ou circulação de bens ou serviços. A empresa, portanto, é sinônimo de atividade econômica e o sujeito que exerce esta atividade se denomina empresário ou sociedade empresária. Em consequência, titular da empresa será o empresário, mais conhecido no dia a dia como empresário individual ou uma sociedade empresária. É verdade que, para fins de relação de consumo, a sociedade simples, que se contrapõe à sociedade empresária pela distinção da atividade econômica desenvolvida, pelo objeto social, e mesmo as sociedades sem personalidade jurídica (sociedade em comum e sociedade em conta de participação) poderão ser responsabilizadas.

De qualquer modo, o importante é destacar que o empresário individual não é, sob o aspecto da responsabilidade patrimonial em relação a terceiros, uma pessoa jurídica, equiparando-se a esta

exclusivamente para fins tributários, o que justifica a existência de um número próprio, CNPJ, perante os órgãos de controle fazendário. Em outras palavras, em razão da pessoa natural exercer, individualmente, a atividade econômica, na qualidade de empresário individual, aliado ao princípio de que o patrimônio do devedor é a garantia dos credores e que cada sujeito de direito é titular de um único patrimônio (princípio da unidade do patrimônio), todos os bens, ainda que não estejam relacionados ao negócio, com exceção daqueles considerados impenhoráveis, do fornecedor/empresário individual que atua no ramo de comércio eletrônico, dado o exemplo citado, poderão ser executados até o montante necessário para satisfazer o crédito resultante do prejuízo sofrido pelo consumidor, independente, cabe mais uma vez destacar, destes bens estarem relacionados ou não à atividade econômica do empresário. Portanto, entre tais bens estão incluídos aqueles utilizados exclusivamente para fins particulares ou familiares, por exemplo, uma propriedade rural, uma casa ou apartamento situado na praia, além do imóvel onde estiver situado o estabelecimento empresarial, se existente, bens corpóreos ou incorpóreos a ele agregados caso, na hipótese de um ponto físico, uma loja.

Pela legislação vigente, quanto à responsabilidade patrimonial, não há instrumentos de limitação dos riscos da atividade do empresário individual, visto que não há separação patrimonial entre os bens destinados ao exercício da atividade econômica e aqueles outros não vinculados ao negócio, geralmente denominados “bens pessoais”, ainda que a pessoa natural esteja regularmente inscrita, registrada nos órgãos competentes. Esse ato de registro, denominado pela Lei 8.934/94 de arquivamento da inscrição, é obrigatório, na forma prevista pelo artigo 1.150 do Código Civil, e confere regularidade para diversos fins, porém não faz surgir uma personalidade jurídica “nova”, tampouco um patrimônio de afetação, havendo, portanto, um único patrimônio, que será direta e ilimitadamente responsabilizado por dívidas e obrigações perante os credores em geral, entre os quais aqueles resultantes da relação de consumo. Em síntese, a pessoa física, empresário individual, assume o risco do empreendimento com todo o seu patrimônio.

Nesse mesmo sentido é a interpretação Pretoriana:

EMENTA: Agravo Bem móvel Ação de Rescisão contratual c/c indenização por danos materiais e morais Fase de cumprimento de sentença Microempresário e Pessoa Física - Inexistência de

autonomia patrimonial entre a empresa individual (firma individual) e o empresário titular – O empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do Direito Tributário, somente para o efeito do imposto Desconsideração da personalidade jurídica Descabimento Penhora sobre percentual de salário Impossibilidade, tendo em conta o que dispõe o art. 649, inc. IV, do CPC Precedentes Jurisprudenciais, inclusive do C. STJ Decisão mantida – Recurso desprovido.¹

Situação diversa ocorre se a pessoa resolve “abrir um negócio”, constituir uma atividade econômica na forma de sociedade, empresária ou simples, agrupando-se com outras pessoas, hipótese em que a responsabilidade patrimonial, no caso de prejuízos resultantes da relação de consumo, terá regulamentação jurídica própria. Em geral, se o negócio que se pretende empreender exige um aporte econômico maior, a pessoa busca reunir recursos, esforços, congregando-se, reunindo-se com um ou mais indivíduos capazes de alcançar um objetivo comum, que é a busca do lucro e a partilha do resultado. Independente de exercerem atividade negocial, as coletividades, os grupos sociais, desde o Direito Romano, são reconhecidos como entes de existência social, com dinâmica própria em relação aos seus integrantes. À medida que o direito evoluiu, deu-se um passo maior, consistente na personificação desses grupos sociais, que passam a ser dotados de personalidade própria para poder atuar na vida jurídica em igualdade de condições com as pessoas naturais. Assim, por meio da personificação, passam a ter existência e patrimônio absolutamente distintos e inconfundíveis em relação aos seus sócios, isto é, a personalidade jurídica da pessoa jurídica não se confunde com aquela das pessoas que a integram.

Se o objetivo pretendido pelos indivíduos que uniram esforços e recursos é de caráter econômico, visando ao lucro, irão constituir uma pessoa jurídica denominada sociedade, empresária ou simples, conforme classificação adotada pelo Código Civil, contrapondo-se à associação, cuja finalidade almejada não é econômica, mas cultural,

¹ Agravo de Instrumento nº 2078058-61.2015.8.26.0000 da 29ª Câmara de Direito Privado do TJSP.

filantrópica ou social. Portanto, a sociedade, preenchidos os requisitos legais, será personificada, terá personalidade jurídica, que se constitui, conforme clássica lição de Clovis Bevilacqua (apud Tomazette, 2014, p. 223), “na aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”. Para aquisição dessa personalidade, deverá ser providenciado o registro do contrato social, ato constitutivo da sociedade, no registro próprio, na forma prevista pelo artigo 1.150 do Código Civil. Essa personificação acarreta diversas consequências, entre as quais a titularidade negocial, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial. Esta última, também chamada de princípio da autonomia patrimonial, é, no plano do direito das obrigações, a mais importante consequência da personificação de uma sociedade, pedra angular do direito societário, que indica a existência de um patrimônio próprio da pessoa jurídica, o qual responde por suas dívidas, débitos e obrigações. Em outras palavras, o patrimônio da sociedade constitui a garantia dos seus credores, os quais, em princípio, não têm direito, pretensão sobre os bens dos sócios, eis que se tratam de patrimônios distintos e inconfundíveis.

Nesse sentido é o magistério de Fabio Ulhoa Coelho:

[...] respondem pelas obrigações da sociedade, em princípio, apenas os bens sociais. Sócio e sociedade não são a mesma pessoa, e, como regra, responsabilizar alguém (o sócio) por dívida de outrem (a pessoa jurídica da sociedade), a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é de seus sócios. Em outros termos, a garantia do credor é representada pelo patrimônio do devedor; se a devedora é a sociedade empresária, então será o patrimônio social (e não o dos sócios) que garantirá a satisfação dos direitos creditícios existentes contra ela. Somente em hipóteses que excepcionaram a regra da autonomia da pessoa jurídica poder-se-á executar o patrimônio do sócio, em busca do atendimento de dívida da sociedade [...] (COELHO, 2014, p. 33).

A autonomia patrimonial é reconhecida pelo Código Civil, cujo artigo 1.024 estabelece: “os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão de depois de executados os bens sociais”. Em sentido semelhante há o artigo 596 do Código de Processo Civil: “os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei: o sócio,

demandado pela pagamento da dívida, tem o direito de exigir que sejam primeiros executados os bens da sociedade”. A nova legislação processual, que se encontra no período da *vacatio legis*, traz regra contida no artigo 795 bastante semelhante à atual, com detalhamento que reforça a responsabilidade subsidiária, secundária, dos sócios pelas obrigações contraídas pela sociedade. Pelo que consta desses dispositivos legais, a sociedade, por se tratar de ente jurídico personalizado e autônomo, terá sempre responsabilidade direta, primária, em relação às suas dívidas, enquanto os sócios somente poderão ser acionados depois de esgotadas as forças do patrimônio social.

Ademais, no caso da sociedade limitada, tipo societário utilizado pela quase totalidade dos agentes econômicos no Brasil, nos termos do artigo 1.052 do Código Civil, “*a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas cotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social*”. Isto significa que a responsabilidade de cada sócio é limitada a um determinado montante, isto é, o capital social subscrito, comprometido por cada um dos sócios para constituir o capital social e ainda não integralizado. Uma vez integralizadas todas as cotas, vale dizer, após a contribuição de cada sócio ter sido transferida para a formação do patrimônio inicial da sociedade, não há mais responsabilidade, sequer subsidiária, dos sócios em relação às dívidas da sociedade. Esse mecanismo jurídico, que já era previsto no artigo 350 do Código Comercial de 1850, permitiu que a sociedade limitada se tornasse importante instrumento para o desenvolvimento da moderna economia de mercado, visto que permite a redução dos riscos do empreendimento, à medida que o patrimônio particular do sócio não é atingido por dívidas da sociedade, dada a separação patrimonial.

3. Desconsideração da personalidade jurídica

Como já destacado, o fornecedor, independente da forma de constituição jurídica escolhida para o exercício da atividade econômica, como empresário ou sociedade, terá responsabilidade pela reparação dos danos causados aos consumidores, à vista do princípio da efetividade (artigo 6º, inciso VI do CDC), com a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores em relação aos produtos e serviços colocados à disposição dos consumidores no mercado. O Código de Defesa do Consumidor é constituído por uma parte introdutória (artigos 1º a 7º, dividido em três capítulos), que trata, de forma bastante cuidadosa, dos direitos

do consumidor e princípios básicos da relação de consumo. No quarto capítulo há cinco seções, que tratam de questões relacionadas à responsabilidade do fornecedor por defeitos e vícios dos produtos e serviços, prazos impostos ao consumidor para reclamar de danos causados por fato do produto ou serviço, dentro do contexto da responsabilidade do fornecedor. A quinta e última seção, deste quarto capítulo, é intitulada “da desconsideração da personalidade jurídica”. Essas considerações sobre a topografia legal parecem indicar o propósito do legislador em finalizar todo um capítulo voltado à cuidadosa sistemática da responsabilidade do fornecedor por fato ou vício do produto ou serviço, disciplinando um instituto que amplia a responsabilidade do fornecedor/pessoa jurídica, permitindo que o consumidor alcance não apenas o patrimônio social, mas também os bens pessoais dos sócios ou administradores da sociedade. De fato, sem essa previsão legal o consumidor ficaria sem qualquer garantia de efetivo ressarcimento por eventuais prejuízos causados, considerando que a maior parte dos fornecedores é constituída na forma de pessoa jurídica, com personalidade e patrimônio próprios, beneficiando os sócios com a separação patrimonial e limitação da responsabilidade por dívidas resultantes do negócio.

O instituto da pessoa jurídica e, de forma mais específica, a personificação das sociedades, com a conseqüente autonomia patrimonial, foi e continua sendo importante instrumento de incentivo das atividades econômicas em geral, permitindo o crescimento econômico, a geração de mais empregos e arrecadação de tributos para o Estado. A existência de um ente autônomo, com direitos e obrigações próprias, que não se confundem com a pessoa de seus integrantes, os quais investem apenas parcela determinada do seu patrimônio, minimizando assim os riscos do empreendimento em relação ao patrimônio particular de cada sócio, permitiu a proliferação desta modalidade de pessoa jurídica, sobretudo da sociedade limitada.

Entretanto, esse sistema legal da separação entre o patrimônio da sociedade e patrimônio particular do sócio, se, de um lado, é instrumento importante de fomento do empreendedorismo, do desenvolvimento econômico e social do país, por outro lado, permite a realização de fraudes em prejuízo de credores, do mau uso da pessoa jurídica por sócios inescrupulosos, mediante o emprego de práticas abusivas e fraudulentas. Exemplo clássico dá-se com a sociedade que realiza, em seu nome, empréstimo em instituição financeira, porém não honra a dívida, tampouco detém patrimônio social suficiente para pagamento do credor, não podendo o patrimônio particular dos sócios ser executado por

força do princípio da autonomia patrimonial, consagrado em diversos dispositivos da legislação. Desse modo, os sócios, inescrupulosos, ficam com os ganhos e os credores da sociedade suportam o prejuízo, além de a sociedade acabar falindo, com inegáveis prejuízos econômicos e sociais. O mesmo componente usado para o remédio, isto é, utilizado para formulação de uma teoria importante que atende ao princípio constitucional da livre iniciativa dos agentes econômicos, passou a ser empregado como veneno, proporcionando o enriquecimento indevido de alguns à custa do prejuízo de outros. Esse uso indevido da personalidade jurídica da pessoa jurídica não poderia ficar à margem do direito, impondo-se uma reação para coibir fraudes e abusos.

A aplicação do instituto da desconsideração acarreta a ineficácia pontual, episódica, da separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e o patrimônio particular de seus integrantes, não se confundindo com a despersonalização ou dissolução. Não se trata de mera questão terminológica, mas de diferença significativa. Despersonalizar implica anular a personalidade em definitivo, enquanto na desconsideração não se anula essa separação entre os patrimônios, mas apenas se retira, de forma momentânea e diante de um caso concreto e específico, dentro de certos limites, essa separação, com o objetivo de alcançar o patrimônio particular das pessoas, ou seja, dos sócios que fizeram mau uso do princípio da autonomia patrimonial. Trata-se, portanto, de uma ineficácia apenas pontual, uma desconsideração da personificação determinada pelo juiz do processo para um caso específico. No entanto, preserva-se a autonomia para todos os demais efeitos de direito, sem que haja, tampouco, dissolução da sociedade, visto que todos os demais atos jurídicos praticados antes e depois pela pessoa jurídica são válidos. Dissolução da sociedade, que pode ser regular ou irregular, com efeitos distintos, é o encerramento da empresa, da atividade econômica desenvolvida pela própria, não se confundindo com o tema em questão. Em consequência do reconhecimento judicial da desconsideração, o patrimônio particular do sócio será alcançado por obrigação de responsabilidade da sociedade, sancionando assim o mau uso da pessoa jurídica, empregada para a prática de atos lesivos.

3.1. Teoria da desconsideração no Brasil

Muitos anos antes da existência de uma base legislativa da teoria da desconsideração, a Doutrina já se ocupava deste tema tão importante:

[...] No direito brasileiro, o artigo de Rubens Requião², de 1969, introduz a teoria aos debates jurídicos, sendo logo admitida na jurisprudência com vista à solução para permitir a responsabilização dos sócios de pessoas jurídicas que tenham agido de má-fé em prejuízo da própria sociedade ou de terceiros. Passou então, a merecer larga acolhida em nosso direito, sem ter sido, entretanto positivada durante pelo menos duas décadas. A previsão normativa da desconsideração da personalidade jurídica só foi realizada, em direito privado, pelo CDC em 1990 que em seu artigo 28 determinou sua possibilidade quando em benefício do consumidor. Mais recentemente o artigo 50 do CC também previu a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Ambas as normas, contudo, não coincidem em seus pressupostos e efeitos [...]. (MIRAGEM, 2014, p. 634).

Somente em 1990 houve a regulamentação legal, no nosso ordenamento jurídico, da desconsideração, por meio do artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. Posteriormente, foi editada a Lei 8.884/1994, que trata da prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, que também regulamentou a desconsideração no artigo 18. Atualmente, essa matéria está disciplinada pela Lei 12.529/2011, estando a desconsideração, para as hipóteses de infração à ordem econômica, prevista no artigo 34. Na mesma linha de raciocínio adveio a Lei 9.605/1998, que positivou a desconsideração para os crimes ambientais no artigo 4o. No ano seguinte, foi editada a Lei 9.847/99, que trata da fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, com previsão normativa sobre a desconsideração no artigo 18, § 3º Por fim, ampliando o âmbito de positivação da teoria da desconsideração, o Código Civil de 2002 o disciplinou no artigo 50:

Portanto, o art. 50 do Código Civil é, atualmente, a regra matriz acerca da *disregard doctrine* no direito brasileiro, sendo de aplicação obrigatória, portanto, a todos os casos de desconsideração da

² REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*, v. 410, p. 12, 1969 apud Miragem, 2014, p. 634.

personalidade jurídica, com exceção dos referentes às relações de consumo, aos crimes ambientais e às infrações à ordem econômica, os quais, como visto, possuem disciplina normativa própria prevista em leis especiais. Nesse sentido, dispõe o Enunciado 51 do CJF: “a teoria da desconsideração da personalidade jurídica – *disregard doctrine* – fica positivada no novo Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema”. (RAMOS, 2015, p. 417).

3.2. Desconsideração no âmbito consumerista

O fornecedor, quer seja pessoa física ou jurídica, terá responsabilidade ampla e total na ocorrência de fato ou vício do produto ou serviço. Se sua atividade econômica estiver estruturada na forma de sociedade regularmente constituída, o que é mais comum, a responsabilidade patrimonial será da pessoa jurídica em razão do princípio da autonomia patrimonial. Por tal razão revela-se indispensável, como já mencionado, para assegurar efetividade ao ressarcimento do consumidor lesado, em atenção aos princípios protetivos a ele inerentes, a possibilidade legal de se alcançar o patrimônio particular dos sócios ou administradores da sociedade.

O artigo 28, “*caput*”, elenca as hipóteses materiais de incidência que autorizam a aplicação da desconsideração, com a condição de que qualquer uma destas situações tenha sido praticada em detrimento, em prejuízo, do consumidor. A primeira hipótese legal é o abuso de direito, denominado por alguns como abuso do direito, que consiste no desvirtuamento das finalidades para as quais a sociedade foi constituída, o exercício irregular, exagerado, anormal do direito, capaz de causar dano a outra pessoa. Cabe destacar que essa primeira hipótese está em sintonia com a elaboração doutrinária da teoria da desconsideração, que sempre considerou o abuso, além da fraude, como pressupostos de sua aplicação.

Os requisitos seguintes são: “excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social”. Todas essas hipóteses, tendo como característica comum a ilicitude ou irregularidade da conduta do fornecedor, se afastaram da construção doutrinária da teoria da desconsideração.

Tais hipóteses não correspondem efetivamente à desconsideração, pois se trata de questão de haver imputação pessoal dos sócios ou administradores, não sendo necessário cogitar-se da desconsideração. A inclusão de tais hipóteses é completamente desnecessária, pois, muito antes do CDC, já existiam dispositivos para coibir tais práticas, como os artigos 10 e 16 do Decreto 3.708/19, e 158 da Lei 6.404/76 e 159 do Código Civil de 1916, que tratavam da responsabilidade pessoal dos sócios ou administradores. (TOMAZETTE, 2014, p. 258).

A parte final do “*caput*” ainda admite a desconsideração quando “houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocadas por má administração” Sobre esse ponto, é interessante reproduzir o comentário de Zelmo Denari³, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor:

Pressupostos Inéditos – Sem embargo, adiciona outros pressupostos que primam pelo ineditismo, tais como a falência, insolvência ou encerramento das atividades das pessoas jurídicas, “provocadas por má administração”.

O texto introduz uma novidade, pois é a primeira vez que o Direito legislado acolhe a teoria da desconsideração sem levar em conta a configuração da fraude ou do abuso de direito. De fato, o dispositivo pode ser aplicado pelo juiz se o fornecedor (em razão de má administração, pura e simplesmente) encerrar suas atividades como pessoa jurídica.

De sua leitura se infere que, por um equívoco remissivo, o veto recaiu sobre o § 1º quando, de modo coerente, deveria versar sobre o § 5º, que - desprezando os pressupostos da fraude e do abuso de direito previstos no *caput* do art. 28 – desconsidera a pessoa jurídica “*sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.*”

³ DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação de danos. In: GRINOVER, A. P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

De fato, não há referibilidade alguma entre as razões de veto e a disposição contida no parágrafo vetado, que se limita a indicar quais administradores deverão ser pessoalmente responsabilizados na hipótese de acolhimento da desconsideração.

Na sequência, os parágrafos 2º, 3º e 4º disciplinam a responsabilidade solidária das sociedades componentes de agrupamentos societários, bem como de sociedades consorciadas e coligadas, que se constituem em modernos mecanismos de organização e expansão das empresas, o que demonstra a relevância da regulamentação legal para proteção do consumidor, sobretudo diante de uma conjuntura econômica associada à alta tecnologia e globalização.

O artigo 28 é concluído pelo parágrafo 5º, segundo o qual “também será desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”. Portanto, o último parágrafo cuida da hipótese mais abrangente, em relação às situações referidas anteriormente, da desconsideração. Ao se utilizar do advérbio “sempre” há uma clara indicação da lei que a personificação da pessoa jurídica, quando fornecedora de produtos e serviços, será desconsiderada quando for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento do consumidor lesado. Desse modo, o dispositivo legal, que aparentemente seria subsidiário em relação ao conteúdo do caput e demais parágrafos do artigo 28, passa, tendo em vista sua abrangência, à qualidade de norma principal. Há quem sustente que a manutenção deste parágrafo foi resultante de um equívoco, destacando-se, mais uma vez, Zelmo Denari, um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor:

O § 1º do art. 28 – vetado pelo Presidente da República – dispõe que “a pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que a integram.”

Nas razões do veto encaminhadas ao presidente do Senado Federal o Presidente da República considera que o “caput” do art. 28 já contém todos

os elementos necessários à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que constitui, conforme doutrina amplamente dominante no Direito pátrio e alienígena, técnica excepcional de repressão a práticas abusivas”.

Referida observação, ainda que pertinente, não modifica a realidade jurídica no sentido que o citado parágrafo se encontra vigente, desde a promulgação da lei, e é aplicável. E, considerando a abrangência do parágrafo, ao permitir a desconsideração sempre que houver prejuízo ao credor, no caso o consumidor, independente da ocorrência de abuso do direito ou fraude, bastando a insolvência do fornecedor, pessoa jurídica, afastando-se assim da concepção original da *disregard doctrine*, inúmeras controvérsias surgiram na Doutrina:

Quanto ao § 5º do artigo 28 do CDC, o qual estabelece que poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores, impõe-se a conclusão de que também ele está em descompasso com a teoria da desconsideração. A simples insatisfação do credor não é motivo suficiente para a desconsideração da personalidade jurídica, pelo menos no que diz respeito à “teoria maior”. Deveria, para tanto, haver abuso de direito ou fraude, ou pelo menos a prova da existência de uma confusão patrimonial para se proceder à desconsideração, requisitos esses decorrentes da construção doutrinária da *disregard doctrine*.

Raquel Sztajn é enfática ao criticar o artigo 28 do CDC: “Claramente o texto do artigo 28 da Lei 8.078/90 não segue a filosofia que informa a aplicação da teoria nos sistemas de origem. O texto mistura defeitos dos atos para os quais o sistema já prevê remédios próprios. Ou o legislador não entendeu a função da teoria da desconsideração ou, ao que parece, desejou banalizar, vulgarizar a técnica, para torná-la panaceia nacional da defesa do consumidor”. (SOUZA, 2011, p. 99).

Para outros, o dispositivo contido no parágrafo quinto não pode ser interpretado isolada, mas sistematicamente, pois se assim não for a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, elemento indispensável ao desenvolvimento da atividade econômica do país, estaria revogada no âmbito consumerista.

Aline França Campos em artigo publicado na Revista dos Tribunais, volume 932 de junho de 2013 assevera:

Se não for essa a interpretação feita, o legislador estaria impondo, mais uma vez, aos membros da sociedade, uma pena pelo insucesso da atividade, anulando, assim, as regras de distinção da personalidade da pessoa jurídica da de seus sócios. Não é qualquer dano ao consumidor que poderia ensejar a desconsideração, que só deveria ocorrer, como já exposto, quando a pessoa jurídica fosse indevidamente utilizada e, por isso, tornasse mais difícil o ressarcimento dos danos suportados pelo consumidor. Ou seja, apesar de inegável a responsabilidade das pessoas jurídicas, como salienta Teresa Pantoja, essa tem que ser proporcional e compensatória aos danos decorrentes da violação do dever geral da boa-fé, caso contrário estar-se-ia diante de situações de autoritarismo e insegurança jurídica. (Revista dos Tribunais, n. 932, p. 135, 2013).

Outros ainda sustentam que o “erro legislativo cometido pelo CDC teria sido corrigido com a entrada em vigor do Código Civil por entenderem que o artigo 50 resgatou os fundamentos da teoria da desconsideração”.

Nesse sentido é a posição de Mauricio Cunha Peixoto em artigo publicado pela Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, referente à palestra proferida no dia 27/03/2003:

Temos agora, portanto, uma norma geral que pode ser aplicada por qualquer dos ramos específicos do nosso direito, que careçam de uma regra específica sobre a teoria da desconsideração.

E naqueles ramos do direito em que já existe normatização específica, como é o caso do direito do

consumidor, lei antitruste e do direito ambiental, o regramento oriundo do novo direito civil certamente servirá de norte para a correção dos erros ali cometidos pelo legislador.

A polêmica em relação ao referido parágrafo também alcançou os Tribunais, sendo paradigmática a decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 2003, referente à responsabilidade pelos danos decorrentes da explosão ocorrida no Osasco Plaza Shopping, em que houve divergência entre os Ministros sobre a interpretação do dispositivo legal:

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 CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. – Recursos especiais não conhecidos. (STJ, REsp 279.273/SP, j. 04.12.2003, rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, DJU 29.03.2004, DJU 29.03.2004, p.230).

No mesmo sentido tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, fazendo referência, inclusive, a decisões mais recentes do S.T.J. reforçando esse mesmo entendimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 2059032-77.2015.
8.26.0000

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA INSOLVÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ART. 28, § 5º, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PRECEDENTES DO STJ RECURSO PROVIDO.

É o Relatório. As Turmas componentes da 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento de que, tratando-se de relação de consumo, é possível a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, bastando, para tanto, a mera prova da insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial, nos termos do art. 28, *caput*, parte final, e Agravo de Instrumento

Nº 2059032-77.2015.8.26.0000 - São Paulo § 5º, do Código de Defesa do Consumidor (AgRg no REsp 1.106.072/MS, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 18.09.14; REsp 1.111.153/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04.02.13; REsp 1.096.604/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 16.10.12; AgRg no AREsp 511.744/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 31.03.15; REsp 279.273/SP, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, DJ 29.03.04; REsp 737.000/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 12.09.11). Do último precedente, colhe-se o seguinte: “No contexto das relações de consumo, em atenção ao art. 28, § 5º, do CDC, os credores não negociais da pessoa jurídica podem ter acesso ao patrimônio dos sócios, mediante a aplicação da *disregard doctrine*, bastando caracterização da dificuldade de reparação dos prejuízos sofridos em face da insolvência da sociedade empresária”. Saliou-se, outrossim, no REsp 279273/SP, Relatora designada a Min. Nancy Andrighi, que... “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”. Não discrepa a boa doutrina (Flávia Lefèvre Guimarães, Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código do Consumidor, p. 85, Max Limonad, 1998). Ressalte-se que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável aos negócios jurídicos realizados entre empresas administradoras de consórcio e consorciados (REsp 541.184/PB, DJ 20.11.06, REsp 1.269.632/MG, DJe 03.11.11, Rel. de ambos Min. Nancy Andrighi). Pelo exposto, dou provimento ao recurso. Matheus Fontes Desembargador Relator.

4. Empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI

4.1. Breve histórico

Até 2011, se uma pessoa pretendesse constituir qualquer tipo de empresa, entendida esta na sua acepção jurídica de atividade econômica organizada, vindo a compor um dos elos da relação de consumo, na condição de fornecedor, poderia optar em fazê-lo como empresário individual ou sociedade empresária. Como já referido, para fins de responsabilidade patrimonial, para saber qual o patrimônio irá garantir eventual indenização resultante de lesão ao consumidor, as duas figuras são distintas, vale dizer, não havia possibilidade de uma pessoa, sozinha, solitária, formar uma pessoa jurídica, ou seja, não poderia assim se beneficiar do princípio da autonomia patrimonial, da separação do patrimônio particular do indivíduo e do patrimônio relativa à atividade econômica desenvolvida. Enquanto a responsabilidade do sócio é, como visto, subsidiária em relação às obrigações sociais e, em geral, limitada ao montante do capital particular investido no negócio, a do empresário individual é pessoal, direta, ilimitada. Por tal razão, com o claro objetivo de resguardar os bens pessoais no caso de insucesso no empreendimento, a única alternativa seria fazer aquilo que se convencionou denominar sociedade “de fachada”, regularmente inscrita nos órgãos competentes em que um dos sócios detinha 99% da participação societária e outro apenas 1%. Inegavelmente, uma sociedade de direito que não corresponde a uma sociedade de fato, constituída por marido e mulher ou parentes próximos, consolidando-se uma cultura fundada no desvirtuamento da figura da pessoa jurídica, da sociedade, eis que inexistente compartilhamento de capitais e esforços para se alcançar um objetivo comum, a exploração da atividade negocial, elementos imprescindíveis de uma sociedade, além de outros, como vontade social e “*affectio societatis*”. Nessa sociedade, o sócio minoritário é meramente simbólico, não tendo qualquer participação nos negócios.

A Lei 12.441/2011 introduziu o artigo 980-A no Código Civil ao dispor sobre a “empresa individual de responsabilidade limitada constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100(cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País”. A partir dessa redação legal, surgiram controvérsias sobre a natureza jurídica da EIRELI. Fabio Ulhoa Coelho e Gladson Mamede a consideram uma sociedade unipessoal:

A sociedade limitada unipessoal foi designada, na lei, por “empresa individual de responsabilidade limitada”, cuja sigla é EIRELI. A designação é muito infeliz e pouco técnica. Empresa, como visto, é conceito jurídico referente à atividade econômica explorada com determinadas características, e não referente ao sujeito que a explora.

Diante das imprecisões legais, é tarefa da doutrina e jurisprudência procurar sistematizar os institutos. No tocante à EIRELI, abrem-se duas alternativas: considerá-la uma espécie de pessoa jurídica diferente da sociedade (mediante a interpretação literal do artigo 44, IV do CC) ou tomá-la como a designação dada, pela lei brasileira, à sociedade limitada unipessoal (mediante a interpretação sistemática do artigo 980-A). Inclino-me pela segunda alternativa, em razão do preceito hermenêutico que prestigia, na argumentação jurídica, a interpretação sistemática, quando divergente da literal.

As sociedades empresárias, no Brasil, assim classificam-se, segundo o critério da quantidade de sócios, em pluripessoais e unipessoais. Nesta última categoria, encontram-se a subsidiária integral e a EIRELI. (COELHO, 2014, p. 47-48).

Com entendimento diametralmente oposto, há André Luiz Santa Cruz Ramos e Marlon Tomazette:

Se o intuito dele era criar um “empresário individual de responsabilidade limitada”, não precisava tê-lo colocado no rol de pessoas jurídicas de direito privado do artigo 44 do CC. O empresário individual de responsabilidade limitada pode perfeitamente ser uma pessoa física, e a limitação de sua responsabilidade seria feita por meio da constituição de um patrimônio especial, formado pelos bens e dívidas afetados ao exercício de sua atividade econômica (patrimônio de afetação).

Em contrapartida, se o intuito do legislador era criar uma pessoa jurídica constituída por apenas um sócio, também era desnecessária acrescentar

uma nova espécie de pessoa jurídica no rol do artigo 44 do CC. Nesse caso, era só permitir que a sociedade limitada pudesse ser constituída por apenas um sócio, o qual seria titular de todas as quotas. Ter-se-ia então uma sociedade limitada unipessoal.

Preferiu o legislador, porém, seguir outro caminho. A EIRELI não é um empresário individual, nem uma sociedade unipessoal: trata-se de uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, que se junta às outras já existentes.

Foi aprovado o enunciado 3 da I Jornada de Direito Comercial, com o seguinte teor: “A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI não é sociedade unipessoal, mas um novo ente, distinto da pessoa do empresário e da sociedade empresária.” (RAMOS, 2015, p. 44).

O teor dos dispositivos introduzidos deixa claro que a opção legislativa brasileira não foi a das sociedades unipessoais, uma vez que a EIRELI é expressamente colocada como uma nova pessoa jurídica. Do mesmo não se optou pelo sistema do patrimônio de afetação, pois nenhum dos dispositivos introduzidos faz referência à segregação patrimonial. Portanto, o sistema adotado no Brasil foi o sistema da personificação da empresa que, apesar das acertadas críticas, é um sistema legítimo de limitação da responsabilidade no exercício individual da empresa. (TOMAZETTE, 2014, p. 60).

4.2. Aspectos legais

Independente da discussão doutrinária sobre a natureza jurídica e das críticas sobre a terminologia usada pelo legislador, é inegável a introdução, no ordenamento jurídico, de uma nova categoria de pessoa jurídica (artigo 44, inciso VI do Código Civil), com personalidade jurídica própria, distinta do seu titular, que permite a limitação de risco para o exercício individual da atividade negocial, ensejando assim a separação entre o patrimônio da EIRELI e o patrimônio particular do titular, que não será executado, em princípio, por dívidas resultantes da atividade econômica, tal como ocorre com as sociedades regulamente

inscritas na Junta Comercial. Para sua formação, exige-se um capital mínimo de cem vezes o maior salário mínimo vigente no país, devidamente integralizado no ato da constituição. Essas duas exigências não encontram similitude na legislação, eis que para constituição de uma sociedade não há essas duas exigências. Ambas merecem destaque positivo ao assegurarem maior garantia para terceiros, nele incluídos os consumidores. Como se sabe, entre as finalidades do capital social está a função de servir de garantia para os credores, na medida em que o capital representaria o mínimo do patrimônio da EIRELI que os credores teriam a sua disposição para satisfação das obrigações.

Tratando-se de um centro autônomo de direitos e obrigações, a empresa individual de responsabilidade limitada terá um nome, que será formado pela inclusão da expressão EIRELI após a firma ou denominação social, que servirá de referência nas relações jurídicas com o público em geral, de modo a não confundir e informar adequadamente o regime de responsabilidade. O nome civil do titular da empresa será empregado se optar pela firma ou razão social e, se empregar denominação na composição do nome, poderá se valer de qualquer expressão, comumente denominada expressão de fantasia, que se caracteriza pela não utilização do nome civil do titular, na forma prevista nos artigos 1.155 a 1.168 do Código Civil.

A pessoa natural somente poderá figurar em uma única EIRELI. Há críticas quanto a essa limitação:

Ora, não consigo enxergar razão para essa regra. Se o objetivo da EIRELI é criar uma espécie de patrimônio de afetação para permitir que um empreendedor goze da limitação de responsabilidade sem precisar constituir sociedade com outrem, por que limitar estas prerrogativas? Constituirá uma EIRELI para explorar um empreendimento, mas no segundo terá que constituir sociedade? Não faz sentido. (RAMOS, 2015, p. 46).

Ademais, a EIRELI apenas poderá ser constituída por pessoa natural, de acordo com a posição doutrinária majoritária, referida inclusive no enunciado 468 da V Jornada de Direito Civil: “A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”. Essa opinião está baseada em interpretação sistemática da legislação, uma vez que o novel instituto foi inserido no título I, cujos

dispositivos se referem ao empresário individual, com o acréscimo da expressão título I-A. Para outros (Fabio Ulhoa e Marlon Tomazette) é possível que a EIRELI seja formada também por uma pessoa jurídica, ante a inexistência de proibição legal e da interpretação resultante do parágrafo 2º do artigo 980-A do Código Civil:

“Todavia, diante da posição da EIRELI no Brasil não vemos qualquer impedimento. Embora normalmente ligada a pessoas físicas, nada impede no nosso ordenamento jurídico que a EIRELI seja constituída também por pessoas jurídicas, inclusive as de fins não empresariais para o exercício de atividades lucrativas subsidiárias. Isso é o que se depreende do próprio caput do art. 980-A que diz que a EIRELI “será constituída por uma única pessoa” sem especificar ou delimitar. Outrossim, a restrição constante do § 2º do mesmo artigo 980-A dirigida especificamente a pessoas físicas, mostra que essa não é a única possibilidade de constituição da EIRELI. Ademais, reitera-se que a aplicação das regras atinentes às sociedades limitadas, corrobora a possibilidade de titularidade por uma pessoa jurídica. Apesar disso reconhecemos que tal expediente será muito mais útil às pessoas físicas. (TOMAZETTE, 2014, p. 62).

O titular da EIRELI poderá constituí-la de forma originária ou derivada. A primeira ocorre logo no início do exercício individual da empresa, enquanto a segunda se dá para a continuação de uma atividade que já era exercida, tal como mencionado no parágrafo terceiro do artigo 980-A ao estabelecer que “a empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração”. Entre tais motivos, pode-se citar a retirada dos demais sócios, exclusão, falecimento sem ingresso dos herdeiros ou ainda aquisição de todas as quotas sociais por um único sócio. Portanto, desde que o sócio remanescente de uma sociedade não opte pela dissolução, a pessoa jurídica poderá ser mantida, mas sob outra forma, ou seja, com a transformação de sociedade em EIRELI, devendo, contudo, serem cumpridas as exigências do novo tipo a ser criado, à vista do disposto no artigo 1.033, parágrafo único do Código Civil.

Finalmente, havendo omissão no regramento legal da empresa individual de responsabilidade limitada, deverá recorrer-se, naquilo que couber, que for compatível, às regras previstas para a sociedade limitada. Aliás, baseado nesse parágrafo, há autores, conforme já destacado, que consideram ter sido introduzida na ordem jurídica, a partir da edição do artigo 980-A do Código Civil, a figura da sociedade limitada unipessoal, designada pela expressão de EIRELI.

Embora seja uma modificação relativamente recente, tendo a Lei 12.441 de 11 de julho de 2011 entrado em vigor 180 dias após essa data, já se pode extrair da Jurisprudência decisões que confirmam a importância do novo instituto jurídico.

Nesse sentido o acórdão emitido pelo E. TJSP no Agravo de Instrumento 2036740-98.2015.8.26.0000:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PRETENSÃO PENHORA DE BENS DE TITULARIDADE DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI) CONSTITUÍDA PELO DEVEDOR INADMISSIBILIDADE patrimônio da empresa constituída pelo devedor que não se confunde com o patrimônio desta empresa cujo capital social é constituído por um único titular figura empresária criada pela Lei nº 12.441/2011 que se equipara, para fins de responsabilização de seu titular, à sociedade limitada impossibilidade de constrição de bens da empresa, que não figura no polo passivo da execução pretensão de penhora das cotas do capital social não conhecimento pedido ainda não apreciado pelo juiz de 1º grau apreciação nesta sede recursal que seria açodada e representaria indevida supressão de um grau de jurisdição agravo parcialmente conhecido e, na parte conhecida, desprovido.

6. Conclusão

O fornecedor, que exerce atividade econômica organizada, é, antes de mais nada, um empreendedor, uma pessoa que pretende desenvolver um negócio voltado à produção ou circulação de bens ou serviços. Independente do ramo de atividade econômica que pretende

atuar, deverá fazer uma opção, com reflexos absolutamente distintos em relação ao seu próprio patrimônio particular e de terceiros, isto é, poderá atuar de forma unipessoal ou pluripessoal. Utilizando-se da linguagem do Código Civil de 2002, que passou a adotar a teoria da empresa, em substituição à teoria dos atos de comércio, o empreendedor poderá constituir uma empresa, entendida esta como sinônimo de atividade econômica, na forma de empresário ou sociedade empresária.

Se organizar um negócio sozinho, de forma unipessoal, como empresário individual, não será considerado, para fins de responsabilidade patrimonial, uma pessoa jurídica. Desse modo, o patrimônio particular do empreendedor será atingido, executado, pelas dívidas resultantes do negócio ante a inexistência de limitação de responsabilidade, de separação entre o patrimônio particular e o patrimônio relativo à atividade econômica. Nessa hipótese, do fornecedor unipessoal, desnecessário que os credores, entre os quais se encontra o consumidor, recorram a qualquer expediente ou ferramenta jurídica capaz de lhes assegurar direito sobre o patrimônio pessoal do empreendedor.

Entretanto, se esse mesmo empreendedor tiver um sócio, constituirá uma pessoa jurídica denominada sociedade empresária, que após registro do contrato social no órgão competente, adquire personalidade jurídica própria, com diversas consequências, entre as quais a autonomia patrimonial. Empresário não é mais a pessoa física, a pessoa natural, mas a sociedade empresária, que assume responsabilidade patrimonial em relação às obrigações contraídas perante terceiros, entre as quais eventual reparação de dano devido ao consumidor. Trata-se do fornecedor pluripessoal. Se essa técnica jurídica de separação entre o patrimônio do sócio e o patrimônio da sociedade constituiu importante meio para o incentivo da iniciativa privada, fundamento do princípio constitucional da livre iniciativa, e do próprio desenvolvimento econômico do país, também passou a ser utilizada para fraudes e abusos perpetrados por sócios ou administradores da sociedade em detrimento dos seus credores.

Como forma de procurar coibir esse desvio de finalidade, surgiu a teoria da descon sideração da personalidade jurídica da pessoa jurídica, que, no âmbito consumerista, assumiu, no dispositivo mais polêmico, contornos bastante rigorosos, ao ponto de muitos considerarem que sua aplicação estaria fragilizando ou até mesmo negando a existência da pessoa jurídica, posto que estabelece que a personalidade da pessoa jurídica poderá ser descon siderada, descartada, sempre que, de alguma forma, constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores(artigo 28, § 5º do CDC).

Antes do acréscimo do artigo 980-A ao Código Civil, a atividade econômica, a empresa, somente poderia ter como forma de constituição jurídica a figura do empresário individual, com os riscos ao patrimônio particular do empreendedor, ou a sociedade empresária, que algumas vezes era constituída tão somente para permitir a separação patrimonial e conseqüente limitação dos riscos, sem a conjugação efetiva e real de esforços e recursos, elementos que caracterizam uma sociedade. A partir da criação da empresa individual de responsabilidade individual, tornou-se possível a limitação de responsabilidade em relação ao empreendedor unipessoal, à pessoa natural que pretende constituir um negócio sozinho, sem sócios, permitindo a proteção de seu patrimônio particular, minimizando os riscos, inerentes a qualquer tipo de atividade econômica. Aplica-se à EIRELI, que é um fornecedor unipessoal distinto do empresário individual, a desconsideração da personalidade jurídica, dada a possibilidade de mau uso desta pessoa jurídica pelo seu titular, tal como ocorre com os sócios e administradores de uma sociedade.

A despeito das críticas, sobretudo dos doutrinadores que atuam na seara do direito civil e empresarial, a teoria da desconsideração tem regramento específico nas relações de consumo, o que legitima não apenas sua aplicação, bem como demonstra a necessidade da análise do caso concreto pelo juiz, que atuará com especial prudência e cautela, para determinar o emprego adequado da desconsideração com o objetivo de assegurar o princípio da efetividade, o direito do consumidor ao ressarcimento integral dos prejuízos causados tanto pelo fornecedor pluripessoal, que é a sociedade, quanto pelo fornecedor unipessoal denominado EIRELI, já que a desconsideração não se aplica ao empresário individual.

Referências

BRASIL. Constituição (1988) – Constituição da República Federativa do Brasil. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor.

BRUSHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CLÉVE, Cleverson Mérlin (Coord.). *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial – direito de empresa*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

COSTA MACHADO, Antonio Cláudio (Org.). *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. São Paulo: Manole, 2013.

GRINOVER, Ada et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*. 10. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2011.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Gen, 2015.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 932, 2013.

SOUZA, André Pagani de. *Desconsideração da personalidade jurídica – aspectos processuais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.