

1. Introdução

Vício x Defeito

No direito do consumidor, a distinção entre vício e defeito é essencial para fixar a responsabilidade. O produto ou serviço é considerado **viciado** quando seu valor é diminuído ou o mesmo torna-se impróprio ao uso (ex: uma bicicleta sem rodas), e é considerado **defeituoso** quando causa acidente (ex: isqueiro que explode ao ser aceso.).

Publicidade enganosa x abusiva

Publicidade **enganosa**¹ é aquela que *mente ou omite* ao fornecedor informações claras e precisas sobre o produto, suas características, preço, etc., potencialmente induzindo o consumidor a erro. A publicidade **abusiva**², por sua vez, é aquela que possui natureza discriminatória, incite violência, explore medo e superstição, se aproveita da deficiência de experiência e julgamento das crianças, etc.

Fundamentos Constitucionais do CDC (CDC, art. 1º)

O próprio Código de Defesa do Consumidor aponta para seu fundamento constitucional, balizado na Constituição Federal, em seus arts. 5º XXXII, 170 V, e art. 48 do ADCT. O art 150 § 5º também é um direito do consumidor.

O que se extrai deste fato é que, *se bem planejado e trabalhado*, é possível que uma causa que verse sobre direito do consumidor chegue até o STF.

Poder de legislar sobre o tema (CRFB, art. 24, VIII e art. 30, I e II)

As três esferas de poder (Federal – Estadual – Municipal) podem legislar sobre o direito do consumidor, desde que a instância inferior respeite sempre a instância superior. Exemplo disso é o PROCON, obrigatório em âmbito estadual, mas opcional em âmbito municipal.

Relação de Consumo

A relação de consumo é formada por três elementos: o *consumidor*, o *fornecedor* e o *produto ou serviço*. Difere-se da relação civilista convencional por não tratar os sujeitos como iguais em direitos e obrigações, mas sim colocar o consumidor em uma posição de **hipossuficiência** em relação ao fornecedor. Essa determinação da lei faz com que a relação entre os dois se equilibre, especialmente quando se trata de um fornecedor que representa, por exemplo, uma grande cadeia de lojas. Por outro lado, há certo descompasso na – relativamente incomum – hipótese de um fornecedor que se encontra em posição semelhante à do cliente (ex: pipoqueiro da esquina).

Serviços Públicos e Relação de Consumo

A *prestação de serviço público não configura relação de consumo*. No entanto, a concessão sim. Desta maneira, um serviço público que é atendido por concessionária particular (ex: transporte público, pedágio) é regulado pelo Código de Defesa do Consumidor.

O serviço público não é considerado relação de consumo porque na verdade serve como um *regulador da qualidade* da prestação de serviços pelos particulares, como no caso dos bancos e serviços de saúde³.

Compras na internet – Competência

No caso de compras pela internet, a competência para julgar qualquer ação referente à violação do direito do consumidor é do domicílio do cliente.

Consumidor (CDC, art. 2º)

Consumidor é “*toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*”. Existem três grandes teorias sobre o tema:

1. **Teoria finalista (subjética ou teleológica):** Para esta teoria, consumidor é aquela pessoa (física ou jurídica) que retira o produto do mercado com o intuito de consumi-lo para satisfação ou necessidade própria, e não com o intuito de utilização para revenda ou insumo na criação de outro produto ou atividade profissional.
2. **Teoria maximalista (objetiva):** Nesta teoria, consumidor é quem adquire o produto ou serviço na condição de destinatário final, independentemente do uso particular ou profissional do mesmo, contato que ele não seja repassado ou usado diretamente para produção de outro produto.
3. **Teoria finalista mitigada:** É a teoria que vem sendo construída pela jurisprudência, que se baseia na teoria finalista mas mitiga seus efeitos. Em termos práticos, significa dizer que a pessoa física, que esteja em situação vulnerável em relação ao fornecedor, será considerada como consumidor, mesmo que utilize o produto para fins profissionais (ex: autônomos como encanadores, taxistas, etc.) A palavra-chave aqui é **vulnerabilidade**, e é medida, por exemplo, ao considerar que a atividade é usada como meio de sustento principal da família.

1 Exemplo: <http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2013/07/coca-cola-vivo-e-tim-sao-multadas-por-publicidade-enganosa.html>

2 Exemplo: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI159558,101048-Procon+multa+Nestle+Habibs+e+mais+tres+por+publicidade+infantil>

3 Por exemplo, ao dar ao cliente determinada vantagem – digamos, uma taxa de juros atrativa – a CEF e o Banco do Brasil estão forçando os demais fornecedores a privados a (1) baixarem suas taxas ou (2) fornecerem outras vantagens e facilidades, de modo a tornarem-se competitivos.

Consumidor por Equiparação (CDC, art. 2º, § único)

De acordo com o CDC, “equipara-se ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Isso não significa que é necessário efetuar a compra do produto para ser considerado consumidor, basta, por exemplo, sentir-se prejudicado pela publicidade abusiva⁴. Além disso, há também há esta equiparação, de acordo com o art. 17, para “todas as vítimas do evento”⁵.

Fornecedor (CDC, art. 3º)

Fornecedor é “toda pessoa, física ou jurídica, pública⁶ 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 serviços”.

É importante observar que o fornecedor não é apenas “quem vende”, mas sim todos os envolvidos na cadeia produtiva até que o produto chegue a seu destinatário final. Se, por exemplo, o cliente comprou um pão na padaria e este estava impróprio para consumo graças à farinha fornecida, eventual ação judicial poderá ser contra apenas a padaria, apenas o fornecedor da farinha, ou ambos, à escolha do cliente.

Produto (CDC, art. 3º, § 1º)

Produto é “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. Importante observar que bem é coisa com valor econômico, que pode ser apropriada pelo homem. Sem o valor econômico, não há bem, e consequentemente, não há interesse do Direito do Consumidor.

Serviço (CDC, art. 3º, § 2º)

Serviço é “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito, e securitária, salvo as decorrentes de relação trabalhista”.

2. Direitos Básicos do Consumidor

Política Nacional das Relações de Consumo

O CDC e a Política Nacional das Relações de Consumo tem como principal objetivo dar equilíbrio jurídico à relação consumerista. Isso significa dizer que “é necessário tratar os desiguais de maneira desigual”, ou seja, dar maior proteção à parte hipossuficiente – o consumidor – em detrimento do fornecedor.

Princípios básicos da Relação de Consumo (CDC, art. 4º)

Todos os princípios que regem a relação de consumo – sem exceção – estão descritos no art. 4º do CDC:

1. **Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo:** Em regra, o fornecedor é que possui o conhecimento técnico sobre o produto, bem como meios mais efetivos de se defender e resguardar em juízo. Sendo assim, é natural que se reconheça a necessidade de proteger mais o consumidor que o fornecedor.
2. **Ações governamentais de proteção ao consumidor:** Podem ser por *iniciativa direta* (ex: ANP inspecionando e fechando postos de combustível), através de *incentivos para criação e desenvolvimento de associações (civis) representativas* (ex: Associação dos Familiares e Amigos das Vítimas do Voo 1907⁷), através da *presença estatal no mercado de consumo* (por exemplo para balizar os serviços de saúde e bancários), e pela *garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade⁸, segurança, durabilidade e desempenho*.
3. **Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo:** Ou seja, apesar do consumidor ser o lado mais fraco da relação, não se pode perder de vista a dependência entre ele e o fornecedor, sendo necessária atenção redobrada para que não sejam cometidos excessos, nem por um lado, nem pelo outro.
4. **Educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres:** Infelizmente, até hoje não há nenhuma ação formal que venha concretizar este princípio.
5. **Incentivo à criação, pelos fornecedores, de meios eficientes de controle de qualidade e de mecanismos alternativos de solução de conflitos:** Isso pode ser visto através de linhas especiais de financiamento para maquinário, bem como da possibilidade de criação de Câmaras de Conciliação e Arbitragem.
6. **Coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo:** Exemplos de abusos são os cartéis, precificação muito abaixo do mercado para “matar” os concorrentes, pirataria⁹, etc.
7. **Racionalização e melhoria dos serviços públicos:** Como serviço público não é relação de consumo, isso significa dizer que o serviço público melhor e mais bem feito tende a aumentar o nível de qualidade pelos serviços ofertados pelos particulares, já que promove a concorrência. Também engloba a hipótese de concessão de

4 Exemplo: publicidade que abusa da falta de discernimento das crianças na tentativa de induzi-las à compra.

5 Exemplo: aeronave que cai em área residencial. Neste caso, os moradores afetados, mesmo não tendo nenhuma relação com a companhia aérea, são equiparados a consumidores por serem vítimas do evento.

6 São os casos em que a empresa pública disponibiliza produtos ao mercado de consumo, ex. Correios, CEF, Banco do Brasil...

7 <http://www.associacaoovo1907.com/?l=que>

8 Qualidade aqui é um valor subjetivo que pode ser sintetizado por “você recebe por aquilo que paga”.

9 Observe que o cliente que compra produto pirata sem saber, está protegido.

determinados serviços a empresas privadas, que tenham know-how mais adequado para aquela prestação.

8. **Estudo constante das modificações do mercado de consumo:** Através, por exemplo, da Secretaria Nacional do Consumidor – SENACOM¹⁰.

Instrumentos (CDC, art. 5º)

Para a concretização da Política Nacional das Relações de consumo, o poder público tem à sua mão diversos instrumentos, dos quais são os principais:

1. **Manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente:** Apesar de maioria das vezes não existir um órgão específico para esta finalidade, é importante lembrar que a atuação dos Juizados Especiais, bem como o benefício da justiça gratuita, já servem como instrumentos aptos.
2. **Instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público:** Apenas no caso de real necessidade, visto que dependendo do tamanho da comarca, a quantidade de demanda não justificaria o custo com o pessoal.
3. **Criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo:** Assim como no item 1, não há delegacia especializada em funcionamento, mas qualquer outra delegacia poderá realizar o atendimento.
4. **Criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo:** Novamente, caímos na mesma situação do item 2, onde a quantidade de demandas irá dizer o quanto necessária é uma vara especializada.
5. **Concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor:** Vide item “2” da seção anterior.

Direitos básicos do consumidor (art. 6º)

1. **A proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos:** Neste caso, a preocupação é com o produto que efetivamente traz risco em seu uso e exige cuidados específicos de manuseio (ex: inseticida, soda cáustica). O fornecedor deve fazer o máximo para tentar minimizar o risco e informar sua existência ao cliente¹¹.
2. **A educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações:** Merece atenção especial o final do inciso, que remete à ideia da necessidade de intervenção das autoridades públicas, por exemplo, no combate aos cartéis ou mesmo firmando acordos que beneficiem o consumidor.
3. **A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem:** Aqui temos o dever de informar o consumidor de maneira clara sobre todos os aspectos relevantes do produto ou serviço, para que a decisão tomada seja consciente¹². Observe também a obrigatoriedade de deixar os preços visíveis¹³.
4. **A proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços.**
5. **A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas:** O inciso é autoexplicativo. Se até no direito civil – que trata as partes como iguais – há existência da *teoria da imprevisão* para resolver contratos excessivamente onerosos, não poderia o Código de Defesa do Consumidor agir diferente. Existe até mesmo um rol de cláusulas consideradas abusivas (art. 51, logo abaixo).
6. **A efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos:** Apesar de ser uma proteção já garantida constitucionalmente, ela é repetida no Código, com caráter pedagógico.
7. **O acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados:** Segue as mesmas considerações feitas acerca da Política Nacional das Relações de Consumo, ou seja, o acesso é feito mediante justiça gratuita, etc.
8. **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:** Graças à diferença de força entre o cliente e o fornecedor, a defesa do cliente será sempre que possível facilitada, sendo possível inclusive a inversão do ônus da prova¹⁴. Quanto ao momento, há casos em que a inversão é decretada ao final do processo, o que não dá ao fornecedor a chance de se

10 <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal/senac>

11 Outro bom exemplo é o aviso em veículos do modelo Ecosport sobre o risco elevado de capotamento em determinadas circunstâncias (veja <https://www.noticiasautomotivas.com.br/ford-ecosport-perigo-de-capotamento>)

12 Ex: “CONTÉM GLÚTEN”.

13 Isso pode ser feito também através de tabela de preços.

14 A inversão sempre deve ser pedida (nunca será dada de ofício), e não é cabível na esfera penal.

defender como deveria. Recomenda-se, portanto, “presumir que o ônus será invertido” sempre que for defender uma empresa em processo movido por consumidor¹⁵.

9. **A adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral:** Apesar do CDC não poder ser usado em relação serviço público, sua adequada e eficaz prestação serve como “baliza” para forçar uma melhoria nos serviços privados.

Rol de cláusulas abusivas (art. 51)

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

I – impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis;

II – subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

III – transfiram responsabilidades a terceiros;

IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

V - (Vetado);

VI – estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem;

VIII – imponham representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor;

IX – deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

X – permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI – autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

XII – obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor;

XIII – autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

XIV – infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais;

XV – estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

XVI – possibilitem a renúncia do direito de indenização por benfeitorias necessárias.

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

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

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

15 Idealmente, a inversão deveria ser dada no começo do processo, após a citação.

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

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

§ 3º (Vetado).

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

3. Responsabilidade nas Relações de Consumo

Solidariedade Passiva (art. 7º, § único)

De acordo com previsão expressa do art. 7º, § único, a solidariedade nas relações de consumo é passiva. Isso significa dizer que muitas vezes o consumidor poderá escolher contra quem promoverá a ação (fábrica versus vendedor).

Proteção à Saúde e Segurança (arts. 8º, 9º e 10º)

Como já citado, o fornecedor deve dar as informações precisas e necessárias, bem como se abster de comercializar produtos sabidamente perigosos e que ponham a vida do consumidor em risco¹⁶, realizando, quando necessário, o **recall**. O recall consiste em **retirar os produtos defeituosos do mercado de consumo**, ressarcindo o consumidor, entregando uma versão não defeituosa do produto ou mesmo corrigindo o defeito. Observe que esta não é uma faculdade do fornecedor, e sim uma obrigatoriedade, sendo necessário fazer todo o esforço possível para que o recall atinja todos os consumidores.

Responsabilidade pelo Fato do Produto ou Serviço – “Defeito”

De acordo com o art. 12, todos os envolvidos na produção¹⁷ do produto defeituoso ou cujas informações sejam suficientes ou inadequadas, respondem independentemente de culpa (ou seja, responsabilidade objetiva). Observe que não será considerado defeituoso o produto que foi defasado por uma mais moderno ou de melhor qualidade.

Excludente de Responsabilidade do produto defeituoso – Fabricante, construtor, produtor e importador (art. 12, § 3º)

Nenhuma destas figuras será responsabilizada quando conseguir provar:

1. Que não colocou o produto no mercado;
2. Que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
3. A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Inversão da Regra – Responsabilidade do Comerciante por produto defeituoso (art. 13)

Ao contrário dos outros envolvidos, o comerciante, por padrão não será responsabilizado. Existem apenas três possibilidades que permitem a responsabilização do comerciante:

1. Quando o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;
2. Quando o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
3. Quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Excludente de Responsabilidade por serviço defeituoso (art. 14, §§ 3º e 4º)

O fornecedor de serviços não será responsabilizar quando conseguir provar:

1. Que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
2. A culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro;
3. No caso dos profissionais liberais, a responsabilidade sempre será subjetiva, e não objetiva.

¹⁶ Em última análise “tudo é perigoso”, até atravessar a rua. O código refere-se a perigo acima do que se esperaria do uso habitual do produto. Por exemplo, os fogos de artifício, mesmo com todas as precauções de manuseio, ainda não itens naturalmente perigosos, e não é esse o fato que vedará sua comercialização. No entanto, um telefone celular que explode oferece um risco muito acima da expectativa de “aceitável”.

¹⁷ Literalmente, “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem [...] por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos [...]”. Observe a ausência do termo “comerciante”.