

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO CENTRO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS E ECONÔMICAS FACULDADE DE DIREITO**

**A HARMONIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A DEFESA DO
FORNECEDOR**

**NATALIE MURCIA POZES
PEREIRA**

**RIO DE JANEIRO
2017, SEGUNDO SEMESTRE**

**O PRINCÍPIO DA HARMONIA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A
DEFESA DO FORNECEDOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da professora Dra. Daniela Silva Fontoura de Barcelos.

RIO DE JANEIRO 2017,

NATALIE MURCIA POZES PEREIRA

CIP - Catalogação na Publicação

M Murcia Pozes Pereira, Natalie
973 O Princípio da Harmonia das relações de consumo e
p a defesa do fornecedor / Natalie Murcia Pozes
Pereira. -- Rio de Janeiro, 2017.
57 f.

Orientador: Daniela Silva Fontoura de
Barcellos. .

Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Princípio da Harmonia . 2. Relação de Consumo .
3. Obrigações . I. Silva Fontoura de Barcellos. ,
Daniela , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os
dados fornecidos pelo(a) autor(a).

NATALIE MURCIA POZES PEREIRA

**O PRINCÍPIO DA HARMONIA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E A
DEFESA DO FORNECEDOR**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da professora Dra. Daniela Fontoura de Barcellos .

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientadora: Dra.DanielaSilva Fontoura de Barcellos .

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO, 2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço infinitamente aos espíritos amigos e bem feitores e, especialmente à São Judas Tadeu, que me guiou durante os últimos 23 anos de caminhada, com atenção especial aos últimos 5 nos quais tive que ir à Central do Brasil diariamente.

Agradeço à minha mãe, minha primeira amiga, minha incentivadora incondicional e minha inspiração. Agradeço pela confiança depositada em mim e ratifico que sua benção é o combustível mais eficiente para toda e qualquer vitória que eu venha a alcançar.

Agradeço ao meu pai, meu mestre mais exigente e atencioso, cujo exemplo da trajetória pautada pela busca ininterrupta pelo conhecimento influencia não só a mim, como também as suas centenas de alunos.

Agradeço à Maitê, minha irmã menor, por todas as vezes as quais recusou-se a sair do meu quarto enquanto não me arrancasse uma risada. Agradeço pelas conversas que fizeram as mais complexas teses jurídicas menos densas.

Agradeço aos encarregados pelo meu desenvolvimento jurídico, aos supervisores de estágio os quais tive o prazer de trabalhar no último ano. Rodolfo e Zaíro, agradeço pelo auxílio na caminhada da advocacia, pela compreensão e pelo incentivo contínuo para o meu aprimoramento profissional.

Às amigas com as quais dividi as angústias da monografia e a felicidade da aprovação no exame da ordem, o meu muito obrigada.

Por fim, agradeço à Professora Dra. Daniela Fontoura de Barcellos, que me fez acreditar no tema escolhido e incentivou a desenvolvê-lo de forma a buscar a expansão dos estudos na matéria.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é de discutir as obrigações as quais o consumidor está submetido no âmbito das relações consumeristas, visando promover a discussão sobre os limites da proteção a ele conferida pelo Código de Defesa do Consumidor no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se ainda com esse estudo tecer análise crítica sobre os desafios da defesa do fornecedor frente a um ordenamento protecionista. A metodologia utilizada será a análise de pesquisa empírica feita através da interpretação da jurisprudência e dos dispositivos do ordenamento pátrio. Além disso, será feita a análise crítica dos deveres imputados aos consumidores e dos institutos apresentados ao longo do trabalho frente ao princípio da harmonização das relações de consumo.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; Princípio da Harmonia das relações de consumo, Defesa do Fornecedor.

ABSTRACT

The objective of this paper is to discuss the obligations of the consumer when dealing with the supplier, aiming to promote the discussion about the limits of the protection granted by the Consumer Protection Code in the Brazilian legal system. This study intent to provide a critical analysis of the challenges faced by the supplier's defense against a protectionist environment provided by the laws that rule over this matter. The methodology used will be the analysis of empirical research and the interpretation of jurisprudence. In addition, a critical analysis of the duties charged to consumers and institutes presented in the course of the study will be made considering the principle of harmonization.

Keywords: Harmonization; Supplier; Obligations; Consumer.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO.....	9
2 – OBRIGAÇÕES DOS CONSUMIDORES NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	13
2.1 – Dever de Observância das Cláusulas Contratuais e do Ordenamento	14
2.2 – Boa-fé Objetiva no Âmbito Contratual	23
3 – OBRIGAÇÕES DOS CONSUMIDORES NO ÂMBITO CONTRATUAL.....	26
3.1 – A litigância de má-fé nas ações consumeristas	27
3.2 – Dever de Comprovar o que Alega	29
3.3- Autores Costumazes	32
4 – OS DESAFIOS DA DEFESA DO CONSUMIDOR.....	37
4.1 – Impactos da Responsabilidade Objetiva	40
4.2 – Aplicação dos Excludentes de Responsabilidade	47
4.3 – Imposição de Multa Administrativa Pelo PROCON	51
5 – CONCLUSÃO.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é dissecar os deveres inerentes aos consumidores ainda não positivados em nosso ordenamento e salientar os desafios da defesa do fornecedor, visando a equidade das relações de consumo

O Trabalho foi desenvolvido sob a ambição de lançar luz sobre hipóteses não trabalhadas pelo Código de Defesa do Consumidor ou doutrinadores, mas que causam impacto na harmonia das relações de consumo.

O Código de Defesa do Consumidor nasceu tendo como objetivo regular com especificidade as relações de consumo. O art. 48 do ADCT previu sua formulação em até cento e vinte dias após a promulgação da Constituição da República de 1988, pois a matéria demandava regulamentação mais específica do que a encontrada no Código Civil.

Partindo do pressuposto de uma desigualdade fática- a de que o consumidor é um leigo que se relaciona juridicamente com um profissional para a satisfação de suas de necessidades de aquisição de produtos e serviços – o Código do Consumidor procura atingir a igualdade concreta, através de uma série de mecanismos de compensação estipulados sempre em favor do consumidor. A criação e aplicação destes institutos protetivos, entretanto, não pode corroborar para a criação de distorções e desigualdades, desta vez em desfavor do fornecedor. É necessário, portanto, que analisemos criticamente alguns institutos e sopesemos as hipóteses de supressão excessivas das obrigações dos consumidores frente aos fornecedores.

Paulo de Tarso Sanseverino (2007.p.6) em seu livro Responsabilidade civil no Código do Fornecedor e a defesa do fornecedor parodia Jhering e Saleilles salientando a necessidade de ir além do CDC , porém atendendo aos seus princípios norteadores “*Poder-se-ia dizer que o interprete deve ir “mais além do Código de Defesa do Consumidor pelo próprio Código do consumidor”*”.¹

¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. 2 Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6.

Essa visão fundamenta o trabalho que tem por intuito a flexibilização das barreiras impostas pelo Código de Defesa do Consumidor visando exatamente uma relação de consumo pautada na harmonização dos interesses entre os sujeitos. Isto posto o trabalho pretendo utilizar-se dos princípios previstos na legislação consumeristas para quebrar paradigmas doutrinários e tornara própria legislação consumerista mais conforme com seus princípios de paridade.

A despeito do enfoque principal do Código do Consumidor ser as necessidades dos consumidores e suas prerrogativas, a fim reequilibrar o binômio leigo-profissional, merece enfoque também, em uma análise mais pormenorizada, o atendimento ao objetivo final do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que é promover uma relação jurídica equilibrada, em atendimento ao princípio da harmonia das relações de consumo, previstos no art. 4º, caput, do CDC.

O princípio da harmonização das relações de consumo é o fundamento basilar do Código de Defesa do Consumidor sob o qual merece ser analisados e valorados os institutos propostos no Código de Defesa do Consumidor e os deveres implícitos, como por exemplo, os deveres dos consumidores.

Nas demais relações jurídicas são comumente imputadas a ambos os vértices direitos e deveres recíprocos. O CDC, assim como a esmagadora maioria da doutrina consumerista, queda-se inerte frente à possibilidade de conferir obrigações ao consumidor ou, pior, de possibilitar que esta lei cujo propósito é a promoção da igualdade entre as partes, acabe criando distorções sistêmicas dando benefícios descabidos ao consumidor mediante brechas legais, interpretações excessivamente favoráveis e, até mesmo, conduta contrária à boa-fé ou ilícitas. Vinte e sete anos após o advento da positivação dos direitos dos consumidores no ordenamento pátrio, a legislação conserva-se omissa sobre a matéria.

Há uma corrente de doutrinadores que acredita que a dinâmica regulamentada pela Lei 8.078 de 1990 está inserida numa estrutura de eficácia diagonal dos direitos fundamentais. A desigualdade entre os sujeitos da relação consumerista e a vulnerabilidade prevista do CDC ensejaram a criação dessa nova classificação. A classificação é bem-vinda, pois destaca a questão da vulnerabilidade exposta no Art. 4º, I do Código do Consumidor. Contudo, tal vulnerabilidade não pode figurar como excludente dos deveres inerentes a qualquer sujeito

capaz de figurar numa relação jurídica.

Sendo assim, este trabalho tem como objetivo partir do princípio da harmonização das relações de consumo e da boa-fé objetiva analisar o lado menos comentado no CDC: o fornecedor. Para isso, esta monografia visa abordar os deveres do consumidor tanto do ponto de vista material como processual, sendo inequívoco que o consumidor possui capacidade e responsabilidade para exercê-los.

A fim de individualizar os deveres dos consumidores na relação de consumo foram tomadas como base tanto os deveres estabelecidos aos fornecedores, as cláusulas essenciais implícitas em todos os contratos, o princípio da a boa-fé objetiva e os princípios do Processo Civil. Estes, balizados através do princípio da harmonização das relações de consumo, resultaram em uma ponderação relevante sobre as incumbências imputáveis no âmbito do direito do consumidor.

No que tange às obrigações conferíveis ao consumidor no âmbito contratual, merecem destaque tanto o dever de observância das cláusulas contratuais, reflexo ao dever de informar atribuído ao fornecedor pelo Art. 6º, III do CDC, quanto o dever de agir com boa-fé perante o disposto no contrato.

No âmbito processual encontramos algumas observações que também merecem ponderação. A questão sumulada sobre a obrigação de comprovar o que alega e a boa-fé processual são apenas extratos de princípios previstos no processo civil brasileiro que deveriam estar ratificados no ordenamento consumerista, mas encontram verdadeiro deserto bibliográfico sobre o tema.

Da mesma forma serão abordados no trabalho os desafios impostos ao fornecedor que pretende formular manifestação com intuito de se defender em processo judicial ou administrativo que pode, em última hipótese, acarretar no cerceamento da ampla defesa e dos demais direitos fundamentais do fornecedor.

A responsabilidade objetiva que em conjunto com a inversão do *onus probandi* não pode transforma-se em uma presunção]ao absoluta de que o consumidor está sempre com a razão. Sendo assim, torna-se necessário o empenho na verificação do respeito dos seus

pressupostos e requisitos de aplicação pelos magistrados.

Uma pesquisa empírica e jurisprudencial na qual buscou-se preservar a identidade dos consumidores, visa-se desenhar os contornos das teses aduzidas ao longo do trabalho. A jurisprudência nos socorrerá na tarefa de ora basear os entendimentos apontados, como a cristalização das proposições, ora identificar as incoerências que levam ao desequilíbrio e, por conseguinte, ao desrespeito ao princípio da harmonização das relações de consumo.

Na primeira parte do trabalho objetiva-se, através da reflexão sobre os deveres do fornecedor, demonstrar que estes, embora não positivados no ordenamento jurídico pátrio, devem balizar as relações de consumo na mesma proporção que as obrigações do fornecedor.

Por meio da análise jurisprudencial apresentada no primeiro capítulo buscamos indicar quais dessas obrigações apontadas são acolhidas pelos magistrados e quais ainda geram controvérsia para aplicação.

Na segunda parte do trabalho trataremos sobre os desafios impostos à defesa do consumidor e serão tecidas considerações sobre os impactos dos institutos que socorrem o consumidor a fim de garantir a equidade, na defesa do fornecedor.

Utilizaremos do recurso jurisprudencial a fim de ilustrar casos nos quais as prerrogativas do fornecedor não foram respeitadas culminando na restrição da ampla defesa e das prerrogativas fundamentais.

O objetivo deste trabalho é evidenciar este recorte do Direito do Consumidor tão pouco explorado pelos manuais, proporcionando, assim, uma discussão tanto sobre as prerrogativas do fornecedor quanto sobre os deveres do fornecedor, tendo como objetivo final tornar as relações de consumo mais equânimes.

2 OBRIGAÇÕES DOS CONSUMIDORES NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A fim de que sejam caracterizadas como relações de consumo faz-se necessário que as relações jurídicas tenham como propósito a obtenção de produtos ou serviços e que sejam constituídas pelos sujeitos típicos: fornecedor e consumidor.

O consumidor é o sujeito pelo qual identificamos a relação de consumo e por conseguinte grande parte das peculiaridades aplicáveis a ela gravitam em torno deste. De acordo com Nelson Nery Junior “*A chave para a identificação de uma relação jurídica como de consumo é, portanto, o elemento teleológico: destinatário final, ao consumidor, do produto, do serviço*”².

Faz-se importante ressaltar ainda que a fim de que a relação jurídica se configure é necessário que do lado oposto esteja o Fornecedor, que poderá ser pessoa física ou jurídica envolvida com a disponibilização de produtos ou serviços aos consumidores, conforme aduz o Art. 3º do Código de Defesa do Consumidor³:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Da mesma forma a qual se apresentam as demais relações jurídicas no ordenamento Brasileiro, as relações de consumo pressupõem prestação e contraprestação, assim como deveres e direitos. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 de 1990, da forma a que foi concebido, entretanto, evidencia quase que exclusivamente os deveres do fornecedor e as prerrogativas do consumidor. Nossa legislação, à vista disso, carece de atenção sobre as obrigações imputadas aos consumidores.

É indiscutível a posição de vulnerabilidade na qual o consumidor se encontra frente ao fornecedor. O consumidor, na maioria dos casos, não detém os meios de produção e, portanto,

² GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 11. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 558.

³ BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 1990. p. 1.

é digno da proteção artificialmente projetada pela lei.

É, entretanto, de suma importância salientar que as obrigações do consumidor não se resumem a mera contraprestação pecuniária. Por ser detentor de consciência crítica e não pode e nem deve ser tratado como incapaz pelo ordenamento. A disponibilização da informação garantida pela evolução tecnológica fez com que o conhecimento chegasse aos indivíduos de forma muito mais célere, portanto, a visão do consumidor como detentor apenas de direitos no âmbito da relação de consumo não está de acordo com o cenário cotidiano e merece reflexão própria.

Em consonância com o narrado anteriormente, é sabido que o Código em seu corpo não traz as obrigações específicas do consumidor. Porém, através de uma análise minuciosa dos deveres dos fornecedores e dos direitos dos consumidores conseguimos depreender através de analogia quais seriam as principais obrigações do consumidor no Âmbito da relação de consumo.

É notório que de acordo com a concepção adotado atualmente pelo como um sistema como processo e como totalidade. Sendo assim, uma das principais decorrências desta concepção é que as relações jurídicas obrigacionais, dentre as quais destaca-se a de consumo, são vistas como um feixe de direitos e deveres recíprocos.⁴

Os deveres dos fornecedores e os direitos dos consumidores guardam relação inversa com os deveres dos consumidores. A título de exemplo, seria inócuo que o legislador no CDC previsse o dever de informação inerente ao consumidor se não fosse esperado que ao consumidor fosse imputado o ônus de informar-se minimamente sobre as condições do bem ou serviço adquirido.

2.1 Dever de observância das cláusulas contratuais e dos regulamentos

O Art.6º do CDC inaugura o Capítulo III que traz os direitos básicos do consumidor. No inciso terceiro deste artigo podemos observar que a informação ganha destaque como um dos direitos básicos do consumidor:

⁴ LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts: allgemeiner Teil. 1. Band. München: Beck, 1982

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

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

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

III - 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; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) (Vigência).

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

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

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

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

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

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Parágrafo único. A informação de que trata o inciso III do caput deste artigo deve ser acessível à pessoa com deficiência, observado o disposto em regulamento. (Incluído pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

A partir deste Art. 6º do diploma consumerista, infere-se também que os direitos reconhecidos pelo legislador devem guardar reciprocidade para com o fornecedor.

O Art.4º do CDC traz a previsão da transparência como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo e da informação como princípio regente desta. De acordo com a ideia explanada anteriormente, a relação obrigacional de consumo é uma via de mão dupla, portanto, é cabível que se espere do consumidor uma contrapartida proporcional ao dever de transparência e de informar requerido ao fornecedor através do dispositivo.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno⁵

Trata-se, repita-se, do dever de informar bem o público consumidor sobre todas as características importantes de produtos ou serviços, para que aquele

⁵ GRINOVER, op, cit., p. 150.

possa adquirir produtos, ou contratar serviços, sabendo exatamente poderá esperar deles.

O inciso IV do Art. 6º também merece destaque, dado que apenas através do contato do consumidor com o regulamento ou com o contrato é que poderá impugnar cláusula considerada abusiva. Inequívoco, portanto, que do consumidor é não só esperada como pressuposta a análise dos instrumentos individualizadores do objeto da relação. Inadmissível se faz, por conseguinte, a responsabilização do fornecedor por informação esclarecedora disposta em ambiente propício.

Diante da fala do doutrinador resta ratificada a importância da prestação da informação de qualidade ao consumidor previsto no inciso III do Art. 6º do CDC e ainda a utilidade desta informação no processo de tomada de decisão efetuado pelo consumidor. A reciprocidade atribuível ao consumidor, neste exemplo, é o dever de informar-se.

No Art. 8º do CDC há a previsão da atribuição do dever de informar aos fornecedores. Cabendo-lhes ainda a imposição de desempenho adequado desse dever no meio adequado. Entendendo por “meios adequados” contratos ou regulamentos, fica evidente que uma vez que o consumidor tem a prerrogativa de ser informado e o fornecedor, por sua vez, tem a obrigação de fazê-lo, positivada no Art. 8º do Código consumerista, cria-se a expectativa de que o primeiro tome conhecimento deste instrumento.

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

§ 1º Em se tratando de produto industrial, ao fabricante cabe prestar as informações a que se refere este artigo, através de impressos apropriados que devam acompanhar o produto. (Redação dada pela Lei nº 13.486, de 2017)

§ 2º O fornecedor deverá higienizar os equipamentos e utensílios utilizados no fornecimento de produtos ou serviços, ou colocados à disposição do consumidor, e informar, de maneira ostensiva e adequada, quando for o caso, sobre o risco de contaminação⁶.

⁶ BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 1990. p. 1.

O artigo 8º do CDC foi recentemente incluído pela lei 13.486 de 2017 e dispõe sobre o dever de informação do fornecedor frente ao produto perigoso. Os produtos industriais, deverão seguir acompanhados de espécie de manual que vise explicar de forma esclarecedora seus riscos a fim de alertar consumidor de forma inteligível sobre seus riscos. Frente ao esforço dedicado à elaboração deste material é razoável que do consumidor seja esperado a leitura do material e a busca pelo conhecimento da informação que lhe foi devidamente prestada.

Seria inócua a previsão da obrigatoriedade da informação caso não existisse expectativa de análise por parte do consumidor e este é o fundamento basilar para a concessão da atribuição de observância do contrato ao consumidor, como uma obrigação reflexa à obrigação de informar do fornecedor.

Em que pese a indiscutível ponderação sobre a questão da vulnerabilidade, é importante ressaltar que a mesma não significa que o consumidor deva se eximir do dever de se informar

A dilatação da vulnerabilidade aplicada indiscriminadamente, além de corroborar as demandas artificiais, faz com que o fornecedor absorva um ônus que não lhe cabe. O princípio da harmonização das relações de consumo, trabalhando como regente global da codificação corrobora para que o exagero dessas prerrogativas possa levar, em uma perspectiva macroscópica, no embaraço do progresso econômico e tecnológico através do desequilíbrio do mercado e, portanto, poderá ser prejudicial à sociedade como um todo.

Cumprido o dever de informar dentro dos parâmetros estabelecidos, ou seja, prestando a informação correta e com qualidade, não é razoável que seja este responsabilizado pela mera falta de disposição ou erro na interpretação da outra parte.

Se o fornecedor pode ser responsabilizado pela publicidade enganosa ou abusiva, não poderá, *a contrario sensu*, sê-lo quando prestar os esclarecimentos de forma coerente. Caso a sanção seja aplicada nesta segunda hipótese, o fornecedor restará completamente desprotegido mesmo no estrito cumprimento do disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Muito embora em primeira análise pareça extremamente lógico que o fornecedor que

cumpra com o dever de informar não deva ser penalizado, por vezes nos deparamos com decisões que contrariam esse parâmetro, ignorando quase por completo o dever da observância das condições contratuais atribuído ao consumidor.

Temos como exemplo da situação supramencionada o processo de nº 0062446-31.2017.8.05.0001 que tramitou na 4ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais do Consumidor de Salvador⁷. Nele o autor narra que adquiriu, através do sítio eletrônico do réu, pontos em um programa de fidelidade e, a título de bonificação, deveria receber bônus de telefonia móvel. No decorrer do processo, entretanto, torna-se claro que em função da especificidade do plano de telefonia do consumidor, o bônus adquirido por ele não poderia ser inserido para o número informado pelo autor.

Ocorre que o fornecedor colaciona nos autos extratos do regulamento da promoção⁸ o qual explicita a impossibilidade de cumprimento da obrigação para o tipo de plano de telefonia contratado pelo consumidor. Regulamento este que restava disponível ao consumidor antes da respectiva compra, ou seja, em cumprimento estrito do disposto tanto no Art. 5º, quanto no Art. 8º da Lei nº 8.078 de 1990.

Figura 1 Imagem com detalhes da promoção “Quilômetro de Vantagens”.

⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Direito do Consumidor. Processo nº0062446-31.2017.

8.05.0001, da 4ª VSJE do Consumidor de Salvador. Juíza Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz. 14 ago. 2017

⁸ “TM Exclusivo para planos pré-pagos e controle Pré-Pago: Válido para ligações locais TIM Móvel e TIM Fixo de mesmo DDD, ligações de longa distância realizadas com código de operadora 41, envio de SMS (para qualquer operadora de mesmo DDD) e internet; O bônus será utilizado antes do saldo existente; O número deverá ter saldo de recarga (mesmo que de R\$ 0,01) para receber o bônus. Assinado eletronicamente por: IANNA CARLA CAMARA GOMES; Código de validação do documento: 5c7a8166 a ser validado no sítio do PROJUDI - TJBA. Salvador: Av. Tancredo Neves, 909. Ed. André Guimarães Business Center. 9º andar. Caminho das Árvores. CEP 41.820-021. T (55 71) 3341-6655 F (55 71) 3342-6119 www.regonolascoelins.com.br 3 Caso o participante tenha pacote de voz, dados ou SMS, com validade menor do que 30 dias, o pacote tem prioridade de uso. Controle: Válido para ligações locais TIM Móvel e TIM Fixo de mesmo DDD, ligações de longa distância realizadas com código de operadora 41, envio de SMS (para qualquer operadora de mesmo DDD) e internet; Caso o participante tenha pacote de voz ou SMS, com validade menor do que 30 dias, o pacote tem prioridade de uso; O número deverá ter saldo de recarga (mesmo que de R\$ 0,01) para receber o bônus. Caso o participante tenha pacote de voz, dados ou SMS, com validade menor do que 30 dias, o pacote tem prioridade de uso; O bônus entrará como valor extra, e será utilizado apenas se o participante ultrapassar o limite da sua franquia. O bônus é válido apenas para os planos: Infinity Pré; Infinity Controle; Liberty Controle; Liberty Controle Express. Não é válido para planos apenas de dados.” Extrato do regulamento da promoção Km de Vantagem. Disponível em: [≤https://www.kmdevantagens.com.br/wps/portal/Applicants/MarketPlace/ganhe-km](https://www.kmdevantagens.com.br/wps/portal/Applicants/MarketPlace/ganhe-km). Acesso em 27 jul. 2017.

Figura 1 Imagem com detalhes da promoção “Quilômetro de Vantagens”.



Fonte: Sítio Eletrônico da Promoção. Disponível em: <<https://www.kmdevantagens.com.br/wps/portal/Applications/MarketPlace/ganhe-km>>. Acesso em: 27. Jul. 2017.

A despeito da comprovação do dever de informar mediante a apresentação das informações de forma clara e com destaque em meio estrito, a sentença não foi sensível à obrigatoriedade do consumidor de se informar sobre o produto contratado, sendo completamente omissa neste quesito e ignorando a disposição prévia, clara e escrita fornecida pelo réu ao autor em campo anterior à compra e também como prova documental no processo.

A sentença ainda trata do regulamento como contrato de adesão, explicitando a indispensabilidade do conhecimento das cláusulas pelo consumidor a fim de que as limitações se tornassem efetivas. Nesse sentido, faz-se necessário questionar se há meio mais efetivo que a apresentação do regulamento de forma prévia à compra como forma de dar conhecimento ao

autor sobre as condições do contrato. A informação foi disponibilizada ao consumidor, que, por indiferença ou negligência escolheu não levá-la em conta.

Verificamos que na sentença em comento, além da responsabilidade objetiva pelo fato do serviço ter sido aplicada de forma pouco zelosa, o consumidor foi sumariamente desincumbido de qualquer dever informar-se sobre as condições contratuais .

Responsabilizando o fornecedor pela não prestação da informação e caracterizando a falha na prestação do serviço, a sentença julga procedente o pedido do autor a fim de condenar o consumidor na obrigação de fazer anteriormente descrita como excetuada e inexecutável pelo regulamento e no pagamento de indenização a título de danos morais nos seguintes moldes:

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, para determinar que o Réu . disponibilize o crédito do bônus promocional ofertado, no valor de R\$ 20,00 (vinte reais) para a linha de celular de nº (71) xxxxx-xxxx, de titularidade do Autor, e para condenar o Acionado a compensar o dano moral causado ao Autor, pagando-lhe o correspondente a R\$ 700,00 (setecentos reais), corrigido monetariamente desde o arbitramento e acrescido de juros legais desde a citação. Sem custas ou honorários advocatícios. Intimem-se as partes.⁹

Diante da sentença, é possível observar o desequilíbrio provocado pela inobservância deste que é um dever básico, o mínimo a ser exigido de um contratante, o conhecimento das condições contratadas. Ao fornecedor foi imputada a falha na prestação do serviço e o pagamento de condenação pecuniária por danos morais que não foram ensejadas por conduta abusiva ou ilícita.

Não raro deparamo-nos com decisões como esta nas quais o princípio da harmonização das relações de consumo é preterido e com o intuito de minimizar essas hipóteses é que ganha realce a atribuição do dever de observância das cláusulas contratuais e dos regulamentos ao consumidor.

Merece destaque o processo de n ° 0060310-17.2012.8.19.0205¹⁰ no qual os autores

⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Direito do Consumidor. Processo nº0062446-31.2017.8.05.0001, da 4ª VSJE do Consumidor de Salvador. Juíza Michelline Soares Bittencourt Trindade Luz. Julgada em 14 ago. 2017.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direito do Consumidor. Processo nº 0060310-17.2012.8.19.0205, do XVIII Juizado Especial Cível do foro Regional de Campo Grande. Juíza Andreia

aduzem que determinada transação de pontos fidelidade tornou-se abusivamente onerosa.

A empresa fornecedora em sua contestação alega que a transação sempre ocorreu de forma onerosa, conforme descrito no regulamento exposto aos consumidores. Narra ainda, que a variação de preço também encontra respaldo na cláusula do regulamento pugnando pela improcedência total dos pleitos autorais.

4.6 A ré se reserva ao direito de poder alterar a qualquer tempo, por mera liberalidade e sem motivação justificada, a forma e quantidade de resgate de crédito no âmbito do Programa, incluindo suas respectivas promoções e parcerias, desde que divulgue aos participantes com antecedência e 05 (cinco) dias. Os novos critérios para resgate poderão ser obtidos no site www.ipiranga.com.br, no ambiente Programa Km de vantagens, na “Rede Ipiranga” e em outros canais de fácil acesso público que a Ipiranga julgar necessário.¹¹

A análise da sentença se torna especialmente interessante, pois nesta o dever da observância do regulamento foi condicionado à profissão dos autores. Tratando-se de advogados, o juiz entendeu que estes deveriam por natureza ser mais atentos às disposições contratuais a despeito das letras miúdas. “Por outro lado, a 1ª ré acostou cópia da referida taxa costumam ser publicadas em letras bem pequenas. Contudo, considerando-se que os autores são advogados há de se crer que tenham atenção redobrada para cláusulas assim redigidas”¹²

É incontestável que a ocupação dos consumidores influi a ponto de afastar a vulnerabilidade neste caso, porém, faz-se importante ressaltar que uma vez que a informação estava disponível e inteligível nos meios de publicidade que revelaram a oferta, é dever do consumidor conhecê-los independente da função laboral desempenhada.

Por outro lado Apelação Cível nº 0030619-84.2014.8.19.020¹³, julgada pela Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o Acórdão pontua de maneira interessante que o consumidor deve buscar conhecer da informação disponibilizada pelo fornecedor no momento da contratação.

Magalhães Araújo. Julgado em 12 mar. 2013.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direito do Consumidor. Processo nº 0060310-17.2012.8.19.0205, do XVIII Juizado Especial Cível do foro Regional de Campo Grande. Juíza Andreia Magalhães Araújo. 12 mar. 2013.

¹² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direito do Consumidor. Processo nº 0060310-17.2012.8.19.0205, do XVIII Juizado Especial Cível do foro Regional de Campo Grande. Juíza Andreia Magalhães Araújo. 12 mar. 2013.

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direito do Consumidor. Apelação Cível nº 0030619-84.2014.8.19.0205, da 23ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Sônia de Fátima Dias.

Trata-se de ação indenizatória na qual a apelante narra que não contratou seguro de vida no momento no qual adquiriu determinado produto, através de contrato apresentada pela própria autora nos autos.

ACÓRDÃO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. Alegação de não contratação de seguro de vida, no momento de aquisição de produto com garantia estendida. Sentença de improcedência. Apelação da autoral. Parte autora apresentou documento denominado Certificado de Compra de Seguro Vida Protegida e Premiada, devidamente assinado e com previsão expressa de pagamento do prêmio, mediante 12 parcelas de R\$9,42. Documento elaborado e assinado de modo apartado de outros contratos estabelecidos com a parte ré, ostentando título com letras grandes e destacadas, deixando claro a sua natureza. É obrigação inafastável do consumidor ler e atentar para o conteúdo dos papéis que lhe são apresentados pelo fornecedor de produtos ou serviços, antes de se dispor a assiná-los. Contrato pactuado por partes capazes, com liberdade de contratar exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observando as disposições gerais expressas no Código Civil e as normas do CDC. Ausência de vício do consentimento. Sentença de improcedência mantida e majoração dos honorários advocatícios, em razão da sucumbência recursal, em R\$500,00, totalizando R\$1.500,00, a serem pagos pela parte autora, observada a suspensão de exigibilidade em razão da gratuidade de justiça. DESPROVIMENTO DO RECURSO.¹⁴

No voto da relatora podemos verificar a incidência do dever de observância das cláusulas contratuais.

Apesar de o Cliente ser, via de regra, hipossuficiente nas relações consumeristas, é sua obrigação inafastável ler e atentar para o conteúdo dos papéis que lhe são apresentados pelo fornecedor de produtos e serviços, antes de se dispor a assiná-los

O contrato foi pactuado por partes capazes, com liberdade de contratar exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observando as disposições gerais no Código Civil e as normas contidas na Lei 8.078/90, não restando demonstrado qualquer vício do consentimento¹⁵

O voto salienta a capacidade do consumidor para exercer a sua faculdade de consciência crítica através da devida análise das cláusulas as quais pretende submeter-se e corrobora a existência mesmo que tácita do dever quando nega provimento ao recurso que visa reformar a

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Contratos. Apelação Cível nº 0030619-84.2014.8.19.0205, da 23ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Sônia de Fátima Dias.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Contratos. Apelação Cível nº 0030619-84.2014.8.19.0205, da 23ª Câmara Cível. Relatora Desembargadora Sônia de Fátima Dias.

sentença que julgou improcedentes os pedidos autorais corroborando a tese que trata como obrigação do consumidor a observância das cláusulas contratuais ou do regulamento promocional.

Conforme pudemos observar o dever de observância das cláusulas contratuais além de amplamente reconhecido pela jurisprudência, está intimamente ligado com a boa fé objetiva, eis que o dever de se portar com idoneidade perante à relação só poderá ser desenvolvido uma vez que todas as partes têm conhecimento das peculiaridades da relação e de suas atribuições, através da busca pelo conhecimento das informações disponibilizadas no contrato ou regulamento.

2.2 Boa-fé objetiva no âmbito contratual

A boa-fé objetiva guarda relação com os conceitos de lealdade e probidade os quais devem ser pilares dos comportamentos dos sujeitos nas relações de consumo. O de boa-fé é um conceito fluído a ser determinado no caso concreto, um acordo sob o qual se espera que as partes interessadas irão pautar suas relações desde a negociação do contrato até a execução e até mesmo no momento pós contratual.

Segundo Flávio Alves Martins, ‘A boa-fé, no sentido objetivo, é um dever das partes, dentro de uma relação jurídica, se comportar tomando por fundamento a confiança que deve existir, de maneira correta e leal; mais especificamente, caracteriza-se como retidão e honradez, dos sujeitos de direito que participam de uma relação jurídica, pressupondo o fiel cumprimento do estabelecido’.¹⁶

O princípio desponta no Art. 422 do Código Civil¹⁷ e é uma cláusula tácita de todos os contratos. Pelo juiz deve ser presumido em relação aos contratos, levando em conta a intenção dos sujeitos e o disposto no instrumento.

O enunciado de nº 363 da IV Jornada de Direito Civil¹⁸ destaca que a boa-fé é um quesito de ordem pública, e, portanto, apenas incumbe à parte lesada a comprovação de sua violação. Deste enunciado podemos entender que a boa-fé é aplicável e exigível aos dois

¹⁶ MARTINS, Flávio Alves. A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiros. Rio de janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 411.

¹⁷ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

¹⁸ IV JORNADA DE DIREITO CIVIL. Enunciados Aprovados. Enunciado nº 363.

sujeitos da relação, sendo, por conseguinte, também oponível ao consumidor.

Mais uma vez, constata-se que o princípio da boa-fé impõe um padrão de conduta leal, correto e honesto, que, contudo, se materializa em exigências que não podem ser de antemão definidas. Com efeito – e isso fica bem claro na lista exemplificativa reproduzida acima – “os deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses “especificam -se em comportamentos diversos conforme uma série de fatores, tais como: a condição socioeconômica dos contratantes; o tipo de vínculo que os une, mais ou menos fundados na confiança; a finalidade do ajuste; e demais circunstâncias a serem valoradas concretamente pelo magistrado”¹⁹

O Código de Defesa do Consumidor ratifica o princípio da boa-fé como indispensável para a sua interpretação. Através do Art.51, IV e Art.4º, III, ambos do CDC, os legisladores, destacaram sobretudo o dever do fornecedor de pautar suas ação pela boa-fé.

Contudo, igualmente possui o consumidor o dever de apresentar no intervalo entre a pactuação contratual até a execução. O consumidor tem, portanto, o dever de cooperar e de interpretar o contrato em consonância com a boa-fé objetiva, ou seja, sem intenção de galgar para si vantagem extremamente onerosa para o fornecedor.

Nessa perspectiva, o Acórdão do Recurso Inominado nº 0052230-72.2013.8.21.9000 corrobora o entendimento de que cabe ao consumidor o dever de agir com boa-fé frente ao negócio jurídico.

Trata-se de ação na qual a autora, visava a vinculação do fornecedor à oferta na qual estava eivada de erro material perceptível para a autora que tinha conhecimento técnico sobre o produto.

RELAÇÃO DE CONSUMO. ENTREGA DE PRODUTO. AQUISIÇÃO VIA INTERNET. CANCELAMENTO DECORRENTE DA PUBLICAÇÃO EQUIVOCADA DO VALOR, INCOMPATÍVEL COM O REAL PREÇO DE MERCADO. ERRO DE PRECIFICAÇÃO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ DO FORNECEDOR. VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO²⁰

No acórdão em questão, a Desembargadora reconhece a obrigação do consumidor de

¹⁹ NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 152.!

²⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Direito do Consumidor. Recurso Inominado nº 0021299-86.2013.8.21.9000. Quarta Turma Recursal Cível. Dr.ª Kétlin Carla Pasa Casagrande. 25 fev. 2014.

interpretar a publicidade com boa-fé e ainda reconhece a boa-fé do fornecedor no erro material ocorrido.

Diante do fundamentado, os desembargadores entenderam que o fornecedor não deveria ser obrigado a viabilizar o produto nas condições apresentadas, tendo em vista o inequívoco erro crasso e material que poderia ser facilmente percebido pelo consumidor, como podemos perceber no seguinte trecho da mesma decisão supracitada:

Consoante sustenta a demandada, se tratou de erro de precificação, sendo o valor depositado inferior a 30% do valor do bem. Por isso, descabe obrigar a requerida a entregar o produto pelo valor depositado pelo autor.²¹

Corroborando o entendimento anteriormente explícito, o julgamento do Recurso Inominado nº 0021299-86.2013.8.21.9000 apresentado a seguir, também reconhece que o consumidor teria habilitação para reconhecer o erro material, interpretando o disposto na publicidade com senso crítico e boa-fé.

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. OFERTA PUBLICITÁRIA ATRAVÉS DA INTERNET. DIVULGAÇÃO DE PREÇO IRRISÓRIO. ERRO EVIDENTE. AUSENTE A VINCULAÇÃO DO FORNECEDOR À OFERTA. 1. Anúncio do produto na internet em que constou, na mesma página, produtos com especificações idênticas e até mesmo inferiores com valor equivalente ao triplo do anunciado. 2. Autora reconhece que é música, portanto, evidente que teria plena capacidade de reconhecer o equívoco, eis que perceptível até mesmo ao leigo. Nesse sentido, ausente vinculação do fornecedor à oferta. Cláusula-geral da boa-fé objetiva e vedação ao enriquecimento sem causa. 3.Sentença reformada. RECURSO PROVIDO.

Através da jurisprudência colacionada percebemos que o dever de cooperação e idoneidade têm fundamentado as decisões que, portanto, corroboram com a sua cristalização a favor de ambos na doutrina e conseqüentemente no ordenamento pátrio.

O dever de observância contratual, a reciprocidade do dever de boa-fé e sua aceitação pela jurisprudência corrobora para que as relações de consumo se tornem cada vez mais equânimes e, por conseguinte, atenciosas aos direitos de toda as partes envolvidas.

²¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Direito do Consumidor. Recurso Inominado nº 0021299-86.2013.8.21.9000. Quarta Turma Recursal Cível. Dr.ª Kéttlin Carla Pasa Casagrande. 25 fev. 2014.

3 OBRIGAÇÕES DOS CONSUMIDORES NO ÂMBITO PROCESSUAL

As obrigações ressaltadas no capítulo anterior não esgotam o rol de encargos imputáveis ao consumidor no âmbito das relações de consumo. Neste capítulo serão esclarecidas as expectativas no âmbito processual.

De certo que no Código de Processo Civil estão positivadas as obrigações das partes perante o processo. O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, regula as alterações que este regramento processual sobre quando estiver presente uma relação de consumo, com ênfase na aplicação dos direitos do consumidor.

No que couber, entretanto, serão utilizadas as regras do Código de Processo Civil, que nos socorrerá na análise dos deveres processuais do consumidor.

No presente capítulo serão abordados três pontos nas quais se faz necessária a análise das obrigações do consumidor. O dever de agir no âmbito processual conservando os valores propostos pela boa fé objetiva; o dever de comprovar o que alega e as demandas artificiais propostas pelos autores contumazes.

A inversão do ônus da prova foi um dos marcos do CDC, com ela, entretanto, foram fomentadas uma série de questões que merecem discussão. Sua aplicação de forma descuidada ou em momento processual não propício pode gerar o cerceamento artificial de defesa do fornecedor. Resta-nos portanto, conforme veremos a seguir, o dever de fiscalizar sua aplicação nos processos que envolvem relações de consumo,

O dever de agir com boa-fé que permeia a atuação contenciosa abarca mais do que a simples atuação pautada na honestidade. A ele estão atrelados o dever de não se comportar de forma contraditória, de expor os fatos em consonância com a verdade e de cumprir com as decisões judiciais.

O desrespeito a essas condições supramencionadas gera fenômenos processuais tais quais os autores contumazes ou litigantes habituais. Fenômenos estes que dão ensejo à condenação em litigância de má-fé que passaremos a explorar no tópico seguinte.

3.1 A litigância de má-fé nas ações consumeristas

A litigância de má-fé está prevista no Art. 77 do CPC podemos observar alguns desses deveres, o inciso I e II são deveres anexos ao princípio da boa-fé explicitado no CPC.

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
 I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;
 II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
 III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

Na apelação cível de nº 0179735-97.2014.8.19.0001, trazida a seguir, o Juiz de primeiro grau, em sua sentença, narra que o consumidor supostamente alterou unilateralmente os dados do contrato e o utilizou como prova nos autos do processo, visando configurar a venda casada.

VIGÉSIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL Nº 0179735-97.2014.8.19.0001 APELANTE: CARLOS ANDRÉ MESQUITA DA SILVA APELADA: BANCO CETELEM S.A (nova denominação do Banco BGN) RELATORA: JDS. ANA CÉLIA MONTEMOR SOARES ORIGEM: 22ª VARA CÍVEL DA CAPITAL Apelação Cível. Relação de consumo. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Empréstimo consignado contratado pelo telefone. Sentença de improcedência. Irresignação do autor. Autor que afirma ter contratado pelo telefone e enviado o contrato em branco assinado. A aplicação das normas de defesa consumeristas não afasta o encargo da parte autora de comprovação mínima dos fatos constitutivos de seu direito. Sumula 330 TJRJ. Os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito. O autor não apresentou elementos mínimos de convicção do direito pleiteado, ônus que lhe cabia, e que poderia ter sido feito com a juntada do protocolo da ligação, por exemplo. Manutenção da litigância de má-fé. Artigo 80 e 81 CPC. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO.²²

Observa-se, portanto, que essa conduta fere o inciso I e II do supramencionado artigo. Por consequência, o Juiz de primeira instância culmina por condenar a parte consumidora em litigância de má-fé.

Ao revés, as provas juntadas aos autos demonstram a atuação em desconformidade com a lealdade processual em relação à parte autora, na medida em que sustenta alteração unilateral do contrato sem apresentar qualquer documentação probatória de suas alegações quando poderia juntar declaração junto aos devedores dos valores das dívidas no momento da contratação com a parte ré e juntar extrato bancário no período do depósito

²² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direito do Consumidor. Apelação cível de nº 0179735-97.2014.8.19.0001. 22ª Vara Cível da Comarca da Capital. Desembargadora Ana Célia Montemor Soares.

indicado pela parte ré, além da incompatibilidade das alegações da inicial com os fatos acima destacados.²³

A litigância de má-fé está prevista ao longo do Código de Processo Civil, nos Art. 80 e no Art.142. No Acórdão supra, seu reconhecimento corrobora a demonstração de que a boa-fé processual é um dever do consumidor e sua inobservância culminará em sanção, mesmo que esta não guarde respaldo do CDC, mas sim no aludido Art.80 lei nº 13.105 de 2015, *in verbis*:

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
 I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
 II - alterar a verdade dos fatos;
 III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
 IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
 V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 VI - provocar incidente manifestamente infundado;
 VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”²⁴

No caso em tela, o autor ao modificar o contrato unilateralmente, teve a conduta subsumida no inciso II do Art.80 e teve negado o provimento ao seu recurso, conforme a ementa apresentada anteriormente.

O CDC, por sua vez, trata do tema no Art.87, no qual cuida da litigância de má-fé no âmbito das ações coletivas. Indica que caso reste constada a má-fé nas ações coletivas, as associações, sem prejuízo de condenação cumulativa em perdas e danos, poderão ser condenadas em honorários advocatícios e ao décuplo das custas.²⁵

Através da autoridade naturalmente conferida a um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, Kazuo Watanabe ressalta nessa passagem que todos os sujeitos devem submeter-se à lealdade processual, e que o Art. 87 do CDC, muito embora trate exclusivamente das ações coletivas, não desconsidera os outros possíveis polos. A vista disso resta comprovado o reconhecimento do dever da observância da boa-fé na esfera

²³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Direito do Consumidor. Apelação cível de nº 0179735-97.2014.8.19.0001. 22ª Vara Cível da Comarca da Capital. Desembargadora Ana Célia Montemor Soares.

²⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. p. 1.

²⁵ “Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

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

processual.

Também os demais legitimados do art.82 devem responder pela litigância de má-fé, pois é nessa regra que vige no sistema processual pátrio por força das normas inscritas nos Arts. 80, 79 e 81 do NCPC (correspondentes aos Arts. 16,17 e 18 do CPC /1973). A lealdade processual é um dever que se impõe a todos os litigantes sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas²⁶

3.2 Dever de comprovar o que alega

É de conhecimento de todos que via de regra a incumbência de provar o que alega é regida pelo Art. 373 do CPC. Através de sua análise podemos depreender que o *ônus probandi* incumbe inicialmente ao autor quando fato é integrante de seu direito e ao réu no que tange à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Fundamentalmente o CPC dispõe que caberá a quem alega a comprovação da verossimilhança do apontado, entretanto, nas relações de consumo, visando a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, quando verificados os requisitos da verossimilhança das alegações e da hipossuficiência, o ônus da prova será invertido.

Art. 6º São direitos básicos do consumidor (...)
VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;²⁷

A verossimilhança que figura como requisito para a inversão deverá ser constatada pelo juiz, sob seus critérios pessoais frente à causa de pedir narrada pelo autor. Esse critério apoia-se no Art. 375 do CPC que dispõe que na falta de normas jurídicas específicas, serão pelo juiz aplicadas as regras da experiência comum de forma alternativa.

O outro requisito que se apresenta necessário à inversão é a constatação da hipossuficiência, muito embora terminologia tenha sido empregada de forma desatenciosa, visto que não se restringe à questão meramente econômica, a observância da vulnerabilidade é que é requisito para a aplicação do instituto. A vulnerabilidade enseja o desconhecimento técnico tanto da lide quanto do ordenamento, tornando mais difícil o acesso à justiça.

²⁶ GRINOVER, op. cit., p. 933.

²⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. P. 1.

Zelmo Denari, de forma extremamente didática pontua sobre a necessidade da observância dos requisitos acima narradas à concessão da inversão do ônus da prova.

“Fica, portanto a advertência de que a inversão do ônus da prova não é postulado aplicável a todas as situações jurídicas derivadas do consumo de bens ou serviços, pois supõe o juízo de verossimilhança das alegações do consumidor.

Em recentes decisões, nossos tribunais, louvando -se nas regras ordinárias de experiência, não acolheram a inversão do ônus da prova, pois consideraram inverossímil a versão dos consumidores, em caso de defeito de aparelho doméstico (cf. verbete nº16.376, in Repertório de Jurisprudência da IOB, ano 2000) e de danos causados a veículo automotor, por engano de abastecimento de combustível (cf. verbete 14.920, in Repertório de Jurisprudência da IOB, ano²⁸

A inversão do ônus da prova quando aplicada em conjunto com a responsabilidade objetiva imputada ao fornecedor, torna desnecessária a comprovação do dolo. Esse binômio, entretanto, quando é imputado de forma negligente de forma a ignorar as prerrogativas do réu ou supervalorizar as do autor, culmina no cerceamento da defesa do primeiro, portanto, no desequilíbrio da relação de consumo.

Já com a inversão do ônus da prova aliada à chamada “culpa objetiva”, não há necessidade de provar-se dolo ou culpa, valendo dizer que o simples fato de colocar no mercado um veículo naquelas condições que acarrete, ou possa acarretar danos, já enseja uma indenização, ou procedimento cautelar para evitar os referidos danos, tudo independente de se indagar de quem foi a negligência ou imperícia por exemplo.²⁹

Cabe ainda ressaltar que o momento no qual ocorre a inversão é de suma importância para a análise. Há uma corrente que aduz que o ônus da prova deverá ser invertido na decisão liminar positiva, como expoente dessa corrente temos João Batista de Almeida.³⁰

Uma segunda corrente propõe que o momento mais propício à inversão do ônus da prova é no despacho saneador a fim de que a parte contrária tome ciência e seja capaz de produzir as provas que julgar necessárias, resguardando assim os princípios do Processo Civil. Essa corrente é a que aparentemente resguarda a razoabilidade, visto que prenuncia antes da fase instrutória a quem caberá o ônus da prova.

Não raro, entretanto, a inversão do ônus da prova se dá na sentença sem que o réu consiga produzir as provas necessárias a fim de se desonerar das alegações proposta pelo autor. Nestes casos ocorre o cerceamento da defesa que contribui não só para a macula dos

²⁸ GRINOVER, op. cit., p. 202.

²⁹ GRINOVER, op. cit., p. 141.

³⁰ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**, 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

princípios do contraditório e do devido processo legal, como também do da ampla defesa.

A Súmula 91 do TJRJ concretizou o entendimento do Tribunal que corrobora a crítica apresentada nos parágrafos supra.

DIREITO DO CONSUMIDOR INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DETERMINAÇÃO NA SENTENÇA IMPOSSIBILIDADE PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença.³¹

A teoria da carga dinâmica do ônus da prova desponta como um sopro de sensatez frente as arbitrariedades apontadas. Essa teoria individualiza o caso concreto, aplicando a cada processo sua própria divisão através do critério objetivo: atribui-se o ônus da prova ao sujeito que possui a melhor condição de produzi-la naquele contexto.

No âmbito das relações consumeristas, cabe ressaltar, que muitas vezes é o fornecedor que detém a melhor condição de produzir a prova e, portanto, a inversão do ônus da prova se faz de forma correta. Porém quando a inversão é aplicada sem a observância desse critério é evidente o conflito com o Art.4º, III do CDC.

Assim, a teoria da carga probatória dinâmica não leva em consideração a posição da parte no processo para fixação do encargo probatório, nem a natureza do fato objeto da prova. O importante, aqui, é quem tem a facilidade de produção daquela prova, de forma a esclarecer os fatos controvertidos e ter uma solução justa no caso concreto. A partir de circunstâncias de cada caso, o magistrado definirá qual dos litigantes tem melhores condições para comprovar fatos controvertidos, impondo-lhe o ônus e eventual risco no seu descumprimento.³²

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 0039538-90.2017.8.19.0000 ainda que o Desembargador dê provimento ao recurso, reformando a decisão do juízo *ad quem* a fim de inverter o ônus da prova, salienta a Súmula 330 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a qual nos cabe tecer os comentários cabíveis.

SUMULA TJ Nº 330 - OS PRINCÍPIOS FACILITADORES DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO, NOTADAMENTE O DA INVERSÃO DO ÔNUS DA

³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula nº 91. A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença. In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Súmulas**. Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/jurisprudencia2/correlacao-verb-sumulares-enun-tjerj-sumulas-trib-sup>>. Acesso em 17 nov. 2017.

³² DIAS. Douglas da Silva. **A Inversão do Ônus da Prova do Consumidor e as Garantias do Contraditório e da Ampla Defesa**. 2014. 20 f. Artigo Científico (Pós Graduação em Direito) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro. 2014. p. 23.

PROVA, NÃO EXONERAM O AUTOR DO ÔNUS DE FAZER, A SEU ENCARGO, PROVA MÍNIMA DO FATO CONSTITUTIVO DO ALEGADO DIREITO.³³

A súmula que solidifica o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que serve ainda para a validação da tese de que é um dever inerente aos consumidores comprovar o alegado quanto detêm meios para fazê-lo. Torna-se claro, portanto, que nem a inversão desincumbe por completo o consumidor de produzir provas do fato constitutivo de seu direito.

Desconsiderar esse entendimento aplicando, como muitas vezes pode ser observado, a inversão do ônus da prova sem a análise dos requisitos da vulnerabilidade e da verossimilhança, sem observar a teoria da carga dinâmica do ônus da prova e sem conhecer da súmula nº 330 do TJERJ, é contribuir para o desequilíbrio das relações de consumo no âmbito processual e, portanto, para o cerceamento da justiça e para a prestação jurisdicional inadequada.

3.3 Autores Contumazes

Autores costumazes, autores seriais, ou litigantes habituais são aqueles que ingressam com a mesma demanda por repetidas vezes e causa de pedir similar face ao mesmo réu. Muito embora o acesso à justiça seja uma garantia constitucional, rotineiramente deparamo-nos com litigantes que visam apenas o enriquecimento ilícito e a promoção da confusão processual, beneficiando-se das falhas do Poder Judiciário para obter vantagens.

O litigante habitual acarreta em prejuízo ao fornecedor, visto que este terá que arcar com os gastos de mais de uma ação, mas principalmente ao Estado que por muitas vezes, especialmente nos casos propostos nos Juizados Especiais Cíveis, acaba por arcar com os custos de um processo artificial.

O combate ao autor contumaz deve ser pauta não só dos patronos atentos que representam os réus nos processos como também do Poder Judiciário como um todo, visto que a frequência com a qual nos deparamos com esta situação tornou a conduta uma questão de

³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula nº 330. os princípios facilitadores da defesa do consumidor em juízo, notadamente o da inversão do ônus da prova, não exoneram o autor do ônus de fazer, a seu encargo, prova mínima do fato constitutivo do alegado direito. In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO ED JANEIRO. **Súmulas**. Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/jurisprudencia2/correlacao-verb-sumulares-enun-tjerj-sumulas-trib-sup>>. Acesso em 17 nov. 2017.

ordem pública.

Recentemente um grupo de trabalho composto por juízes do TJRJ divulgou que a juíza Marcia Correia Hollanda,³⁴ da IV Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis apurou um esquema de fraude processual envolvendo litigantes habituais que visavam indenização por danos morais em processo face à uma rede de comércio varejista.

As quatorze ações identificadas versavam sobre produtos adquiridos através da rede mundial de computadores e não entregues. A fim de confundir os juízos, o nome do autor era grafado propositalmente de diversas formas, endereços diferentes eram colacionados, números de CPF informados também não condiziam com a realidade. A partir dessa sequência de informações podemos concluir pela má-fé característica nesse tipo de conduta.

Na ação que possibilitou a descoberta do esquema o fornecedor chegou a ser condenado em danos materiais referentes ao valor produto e ainda na indenização a título de danos morais.

Ao recorrer, a empresa varejista pode perceber que o autor já teria figurado no pólo passivo de mais de uma dezena de ações afins com pedidos semelhantes, tendo obtido sucesso em muitos delas. O advogado que também atuava em diversos processos com essa característica em comum foi condenado em litigância de má fé.

Neste caso, os magistrados envolvidos, decidiram em conjunto pela reforma das sentenças prolatas antes da descoberta da fraude e na condenação dos autores em multas no valor de 10% dado as causas.

O caso apontado é de suma importância dado que ilustra a conduta narrada e contingencia os prejuízos econômicos tanto para o judiciário, que teve que arcar com os custos das demandas artificiais, eis que as ações propostas nos Juizados são gratuitas, quanto para os réus que, através das condenações, sofreram danos econômicos ensejado pela conduta fraudulenta.

Identificamos ainda o processo nº 0020207-34.2014.8.19.0031 no qual o autor aduz que

³⁴ PORTAL ELETRÔNICO DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Grupo de Trabalho descobre ação coordenada de fraudes processuais. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/35116?p_p_state=maximized>. Acesso em: 17 nov. 2017

se deparou com uma oferta no endereço virtual de uma das rés que consistia na concessão de desconto, mediante o pagamento em pontos de fidelidade, na realização de compras acima de R\$650,00. Narra o consumidor que não logrou êxito na compra e requer danos morais.

A ré, com dificuldade de entender o motivo pelo qual o consumidor não conseguia efetuar a transação e frente a inexistência de falha operacional, decide pela apresentação de proposta de acordo face à possibilidade de condenação em danos morais e assim o processo é encerrado.

O narrado poderia tratar de um caso ordinário sem qualquer peculiaridade, porém o autor ajuizou demandas com causas de pedir muito similares nos anos consecutivos. Todas as demandas ajuizadas tratam da impossibilidade de utilização do cupom e o único fator diferenciador é o produto que o consumidor pretendia adquirir. Em algumas das ações o autor chega a contradizer-se afirmando que não há previsão de valor estipulado para a concessão do desconto.

Totalizando seis ações propostas no decorrer de três anos: Processos nº 0020207-34.2014.8.19.0301, 3003798-66.2015.8.15.0011, 0807464-89.2016.8.15.001, 0800926-92.2016.8.15.0001, 0819565-61.2016.8.15.0001 e 0803851-61.2016.15.0001, não é natural conceber que o autor tenha, de fato, experimentado problema em todas essas situações. E mesmo que o alegado tivesse de fato ocorrido, a conduta torna-se no mínimo reprovável, visto que a renovação da falha ensejadora do dano se dá nitidamente visando à compensação pecuniária.

No processo nº 0803851-61.2016.8.15.0001, o único no qual foi prolatada sentença com resolução de mérito, a juíza não acolheu a preliminar de conexão a ação nº 0803807-42.2016.8.15.0001 identificada pela ré, como podemos observar no trecho da sentença;

Inicialmente, o promovido alega que há conexão entre o processo em epígrafe com o processo nº 0803807-42.2016.8.15.0001. Contudo, além de ambos já se encontrarem reunidos no mesmo juizado, tratam de causa de pedir diversa, já que se referem a compras distintas. Nesse sentido, rejeito a preliminar suscitada.

O Art.53, §3º do CPC³⁵, no entanto, traz a previsão da aplicação da conexão aos

³⁵ BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. P. 1.

processos que possam acarretar em decisões conflitantes, caso decididos separadamente, o que é visivelmente a hipótese dos processos apresentados.

No mérito, a Juíza pontua que o autor deixou de comprovar o ilícito não tendo também sido desincumbido do ônus de fazê-lo e, portanto, julga improcedente o pedido.

No âmbito administrativo do PROCON também não é incomum que o mesmo autor dê início a mais de uma Carta de Informação Preliminar ou CIP. Por vezes, entretanto, é possível que lhe seja facultada essa oportunidade. Quando o consumidor deixa de comparecer em audiência designada pelo órgão, a título de exemplo, a CIP é encerrada, sem, entretanto, que lhe seja negada a possibilidade de acionar administrativamente o fornecedor outra vez.

De forma diversa, conforme preceitua o Art. 8º da Portaria 1 PROCON – CARIOCA de 18 de março de 2015.

Art. 8º. Antes de efetuar a autuação, deverá ser verificada a existência de processo antecedente em relação ao mesmo interessado ou ao mesmo assunto, arquivado ou não, antes de ser dado andamento, observado, no caso de suspensão ou preempção, o disposto no Título VI.

Parágrafo único. Verificada a existência de processo antecedente, nos termos do caput deste artigo, será providenciada a juntada, consignando em despacho os motivos, indicando o número de folhas e numerando-as segundo a ordem sequencial presente no processo.

A existência da portaria comprova que as reclamações múltiplas propostas por autores contumazes são uma realidade também na esfera administrativa, certo é que a Portaria, ao lançar luz sobre o problema, está na vanguarda do ordenamento. Dispondo sobre a preempção administrativa a Portaria ratifica o compromisso do PROCON com a equidade das relações de consumo no que concerne a repressão da conduta dos autores contumazes.

Podemos conferir relevância a este artigo, visto que a condenação advinda da evolução da Carta de informação preliminar não poderá ser imposta por duas vezes relacionada ao mesmo fato ou em consonância com o entendimento positivado, não se pode ingressar novamente com CIP pelos mesmos acontecimentos após consumidor e fornecedor entrarem em acordo.

Em consonância com o demonstrado, a conduta dos autores contumazes longe de tratar-se de um caso isolado, ainda encontra pouco obstáculo devido à dificuldade de sua comprovação e a escassez de instrumentos a serem adotados pelo judiciário a fim de

identifica-los. Os esforços, entretanto, estão sendo aplicados a fim de tornar o processo de identificação dessas demandas cada vez mais eficaz através da digitalização dos das Varas e juizados. A digitalização tornará o processo mais célere, pois por meio desta será possível viabilizar a comparação dos dados processuais em escalas colossais

4 OS DESAFIOS DA DEFESA DO FORNECEDOR

Os fornecedores, tal como os consumidores, possuem direitos e garantias que devem ser respeitados no decorrer da relação de consumo. São eles os direitos fundamentais de primeira dimensão, ligados à liberdade, de caráter negativo. São assim denominados, pois cerceiam a atuação do Estado. Dentre eles destacam-se: o devido processo legal previsto no Art. 5º, inciso LIV da Constituição, a ampla defesa disposta no Art. 5º, inciso LV da Constituição, a proibição de obtenção de provas por meios ilícitos e a inviolabilidade do estabelecimento que poderão se observados no Art. 5º, inciso LVI e Art. 5º, inciso, XI da Constituição da Republica de 1988 respectivamente.

Para Ingo Sarlet ³⁶ os direitos fundamentais de primeira dimensão são aqueles que representam “direitos do indivíduo frente ao e Estado, mais especificamente como direitos de defesa , demarcando uma zona de não intervenção do Estado”

O Código de Defesa do Consumidor, traz como principal propósito, a promoção da tutela e do amparo ao consumidor através de dispositivos tal qual a inversão do ônus da prova. O consumidor deverá ser protegido daqueles que forjados de conhecimento tanto técnico quanto jurídico, têm posição privilegiada na relação.

No entanto, é de suma importância não desamparar totalmente o outro pólo desta relação. O código de fato foi pensado e executado a fim de dirimir as diferenças entre consumidor e fornecedor visando, no âmbito processual, a promoção do acesso à justiça por parte do consumidor, bem como a facilitação da defesa de seus direitos. Isso não significa, contudo, que o fornecedor deva ficar de lado: igualmente é merecedor de proteção e portador de direitos. ,

O princípio da harmonização das relações de consumo está presente no Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, no contexto em que se apresentam os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo. A partir, dele podemos depreender que a ideia do legislador é, na mesma proporção, empoderar a parte mais fraca da relação sem, entretanto, constranger a outra.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. P. 66.

atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

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

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.³⁷

É neste artigo 4º que restam positivadas o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a repressão das condutas tidas como abusivas, ideias que se repetem ao longo da codificação.

Segundo José Geraldo Brito Filomeno³⁸ *“Quando se fala em ‘política nacional de relações de consumo’, por conseguinte, o que se busca é a propalada ‘harmonia’ que deve regê-las a todo momento, (...)”*

Desta forma, um dos autores do anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor demonstra que a intenção da lei foi conferir ao princípio da harmonia das relações de consumo o caráter condutor dos demais princípios o que torna a interpretação dos demais subordinada à consonância com o equilíbrio das relações de consumo.

O inciso III do art. 4º do CDC trata especificamente sobre este princípio, evidenciando a preocupação no que concerne a “necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico” e com isso demonstrando a limitação da proteção do consumidor.

³⁷ BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 1990. p. 1.

³⁸ GRINOVER, op. cit., p. 15.

Para que a harmonização das relações de consumo seja alcançada é necessário que sejam observados os elementos da boa-fé objetiva entre as partes, e a o equilíbrio das contraprestações, abrangendo tanto os a observância dos direitos quanto dos deveres de cada pólo.

Os consumidores como partes na relação jurídica, devem observar direitos e deveres (colocar aqui novamente a ideia de obrigação como feixe de direitos e deveres e citar Clóvis Couto e Silva) a eles. Sãos alguns eles: o dever de observância das cláusulas contratuais, reflexo ao dever do fornecedor de prestar a informação de forma clara; o dever de agir com boa-fé no âmbito contratual e processual, e o dever de comprovar o que alega, corroborado pela Súmula 330 do TJRJ.

SUMULA TJ Nº 330 "OS PRINCÍPIOS FACILITADORES DA DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO, NOTADAMENTE O DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, NÃO EXONERAM O AUTOR DO ÔNUS DE FAZER, A SEU ENCARGO, PROVA MÍNIMA DO FATO CONSTITUTIVO DO ALEGADO DIREITO."³⁹

A palavra “compatibilização” utilizada pelo legislador no inciso III do art. 4º é a expressão chave para o entendimento do animus deste artigo e, por conseguinte, de toda a lei consumerista, eis que o artigo apresenta as diretrizes para as relações de consumo. A defesa do consumidor deve propagar-se de forma que não contunda de maneira fulminante aos interesses econômicos, pois, nesta hipótese, acabaria por acarretar um dano a toda a sociedade que depende inegavelmente da prosperidade dos interesses dos empreendedores para se desenvolver. Torna-se dever do Estado promover a compatibilização entre a defesa dos consumidores e o reconhecimento das possibilidades de exclusão de responsabilidade dos fornecedores.

A facilitação da defesa do consumidor acarreta, eventualmente dificuldade à defesa do fornecedor, podendo culminar no cerceamento de defesa, em uma condenação prematura dos fornecedores, no enriquecimento sem causa dos autores das demandas tidas como artificiais e, em última análise, no desequilíbrio das relações de consumo.

Diante deste princípio, podemos verificar que merecem sim atenção as peculiaridades da

³⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Súmula nº 91. A inversão do ônus da prova, prevista na legislação consumerista, não pode ser determinada na sentença. In: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO ED JANEIRO. **Súmulas**. Rio de Janeiro. Disponível em: <[://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/consumidor.pdf](http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/consumidor.pdf)>. Acesso em 15 nov. 2017.

defesa do fornecedor tendo em vista que este é sujeito primordial não só ao equilíbrio da própria relação de consumo tal como microsistema também para o consumo em si e, por conseguinte é o sustentáculo da sociedade moderna.

4.1 Impactos da Responsabilidade Objetiva

São elementos da responsabilidade civil: a conduta do agente, o dano, o nexo causal e. Tratamos por conduta do agente atos omissivos e comissivos, operados através da vontade do agente, que resultem em ato ilícito.

Socorremo-nos das palavras utilizadas por Arnaldo Wald em seu livro Direito Civil – Responsabilidade Civil para caracterizar o elemento da conduta do agente.

Conduta é o ato imputável ao agente ofensor, seja ele positivo (ação) ou negativo (omissão). A conduta exige como elemento constitutivo a vontade ou, ao menos, a consciência. A voluntariedade haverá de estar presente no instante inicia da conduta, devendo ser necessariamente livre. Em determinados casos, a conduta pode gerar o dever de indenizar com abstração de qualquer conteúdo volitivo.⁴⁰

O dano, por sua vez, é o agravo que viola um interesse juridicamente tutelado sofrido pelo sujeito. Poderá ocorrer de forma una ou coletivamente e ainda poderá se manifestar na esfera patrimonial ou extrapatrimonial. Trata-se do elemento essencial à responsabilidade civil. É o elemento sem o qual não é possível decretá-la, ou seja, sua ausência, via de regra, é ensejadora de excludente de responsabilização.

Sérgio Cavalieri Filho faz alguns apontamentos importantes quando trabalha o conceito de dano e sua indispensabilidade à caracterização da responsabilidade civil.

o dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade Responsabilidade Extracontratual Subjetiva - Pressupostos: o Dano 77 sem dano. A obrigação de indenizar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. O dano encontra-se no centro da regra de responsabilidade civil. O dever de reparar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar.⁴¹

⁴⁰ WALD, Arnaldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. Direito Civil: Responsabilidade Civil. V. 7. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 167.

⁴¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

Na passagem, Sérgio Cavalieri expõe uma visão mais moderna do conceito de responsabilidade, não necessariamente atrelada à ideia de culpa. A culpa, sem dúvida, continua sendo elemento da Responsabilidade Civil subjetiva. Na responsabilidade civil objetiva, não há previsão desta para sua configuração.

O nexo de causalidade é o liame entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo outro indivíduo ou coletividade. Entende-se por uma ligação causal, ou seja, um liame de causa e consequência. O nexo de causalidade é um elemento estrutural que é resultado da cognição do julgador e, por conseguinte, pode possibilitar divergência. O STF adota a teoria da causalidade direta ou imediata, a qual restringe a imputação de responsabilidade aos casos nos quais exista uma relação direta e imediata entre a conduta do agente e o dano provocado.

No direito brasileiro, em ambas as espécies de responsabilidade civil, objetiva ou subjetiva, o dever de reparar depende da presença do nexo causal entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada e o dano (...)
A adoção, pelo Supremo Tribunal Federal, da teoria do dano direto e imediato afasta a aplicação das duas outras teorias conhecidas pela dogmática do direito civil: as teorias da equivalência das condições e da causalidade adequada⁴²

A ramificação da responsabilidade civil pauta-se de forma basilar nestes últimos elementos apresentados. Para a configuração da responsabilidade subjetiva é necessário que esteja presente a culpa ou o dolo, já a responsabilidade objetiva se fará presente caso subsistam os demais elementos. Conforme dispõe o Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O artigo 927 do Código Civil prevê que a incidência de responsabilização objetiva não poderá ser presumida, isto é, deve ser antecedida de previsão legal. Muito embora a responsabilidade objetiva tenha sido restrita aos casos nos quais é prevista, na prática a aplicação da responsabilidade subjetiva tem se tornado cada vez mais rara, visto que a maior parte das relações é de consumo, e nas relações consumeristas a regra é a responsabilidade objetiva.

⁴² TEPEDINO, Gustavo. **Notas sobre o nexo de causalidade**. In: Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, n° 296, jun., 2002.

A atribuição deste tipo de responsabilidade ao fornecedores deu em razão da ideia de que se uma pessoa exerce uma atividade que poderá ensejar dano a terceiro, deverá ressarcir-lo caso o dano ocorra. A Teoria do Risco prevê também que o exercício destas prerrogativas implica no ressarcimento dos danos causados. O art. 927 do Código Civil adotou a mesma teoria, na qual teoriza atividade de risco como a atividade cotidiana e organizada de forma profissional visando o lucro.

Sérgio Cavalieri ⁴³classifica a teoria do risco de maneira interessante quando em sua explanação assinala a Teoria do risco do empreendimento:

Pode-se dizer que o Código esposou aqui a teoria do risco do empreendimento (ou empresarial), que se contrapõe à teoria do risco do consumo. Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Esse dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecedor passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos.

No mesmo sentido, trata do risco inerente ao produto, ou seja, dos produtos os quais já trazem consigo, a despeito da existência de algum vício, a periculosidade.

Risco inerente ou periculosidade latente é o risco intrínseco, atado à sua própria natureza, qualidade da coisa ou modo de funcionamento - como, por exemplo, uma arma, uma faca afiada de cozinha, um veículo potente e veloz, medicamentos com contraindicação, agrotóxicos etc. Embora se mostre capaz de causar acidentes, a periculosidade desses produtos é normal e conhecida - previsível, em decorrência de sua própria natureza -, em consonância com a expectativa legítima do consumidor. Em suma, normalidade e previsibilidade são as características do risco inerente, pelo qual não responde o fornecedor por não ser defeituoso o bem ou serviço nessas condições. Cabe-lhe apenas informar o usuário a respeito de- A Responsabilidade Objetiva no Código Civil 197 seus riscos inevitáveis, podendo por eles responder caso não se desincumba desse dever - hipótese em que poderá resultar configurado o defeito de comercialização por informação deficiente quanto à periculosidade do produto ou serviço, ou quanto ao modo de utilizá-lo. Fala-se em risco adquirido quando produtos tomam-se perigosos em decorrência de um defeito. São bens que sem o defeito não seriam perigosos; não apresentam riscos superiores àqueles legitimamente esperados pelo usuário. Imprevisibilidade e anormalidade são as características do risco adquirido.⁴⁴

⁴³CAVALIERI FILHO. op . cit. p.194

⁴⁴CAVALIERI FILHO. op . cit. p.195

Merecem atenção diante do panorama explanado, alguns dos princípios norteadores do risco. O princípio do interesse ativo guarda a previsão que o agente, seja ele pessoa natural ou física, deve arcar com as perdas e danos decorrentes da atividade econômica da qual é responsável.

Princípio do interesse ativo. Fundado na máxima *cujus commodum, ejus periculum*, baseada no direito romano (Paulo, D. 50, 17,10). Expoente notável dessa corrente é o austríaco Vítor Mataja. Sustentava ele, já em 1888, que as perdas e danos provenientes dos acidentes inevitáveis na exploração de uma empresa devem ser incluídos nas despesas do negócio.⁴⁵

Já o princípio da prevenção, encontra respaldo na dificuldade que o consumidor possui de comprovar o dolo ou a culpa da conduta imputada pelo agente, ante a esse cenário, o princípio pontua que caberá ao responsável responder de forma prévia pelo dano, caso lhe fosse imputável o dever de assegurar que este não ocorresse.

Princípio da prevenção. Inspirado na dificuldade da prova da responsabilidade e na insuficiência das regras processuais estabelecidas no sentido de favorecê-la, consiste em não admitir a exoneração da pessoa a quem se atribui a responsabilidade, enquanto não prove que o fato, aparentemente imputável a si, é, na realidade, resultado de uma causa exterior e estranha à sua atividade, e impossível de ser por ela afastada⁴⁶

Por fim, o princípio do caráter perigoso do ato, sumariza a ideia da Teoria do Risco quando dispõe que o sujeito deverá indenizar o dano causado pela atividade que pratica com habitualidade e cujo dano poderia ser esperado.

Princípio do caráter perigoso do ato. Baseia-se na concepção de que o homem cria para o seu próximo um perigo particular. Marton, que aproveita, reajustando- -lh.es o valor, todos os dados fornecidos pelos princípios anteriormente expostos, 107 Ob. cit., ne 67, p. 186. 108 Étude sur la théorie générale de L'obligation, d'après le premier projet de Code Civil pour L'Empire Allemand, 1 a éd., Paris, 1925, nota ao art. 319. 109 Ob. dt., n2 67, p. 192. 110 Ob. d t, ns 68 e nota 5, p. 206. 56 A g u i a r D i a s Da Responsabilidade Civil recusa lugar no seu sistema ao princípio do caráter perigoso.⁴⁷

O enunciado nº 445 da Quinta Jornada de Direito Civil esclarece que a esclarece que a responsabilidade objetiva deve levar também em consideração a prevenção e o interesse da sociedade, em conjunto com a proteção da vítima. Em consonância com esse enunciado seria de extrema relevância que a aplicação da responsabilidade objetiva fosse feita de forma a não cercear a justiça.

A responsabilidade objetiva é imputada aos fornecedores nos moldes conhecidos nos

⁴⁵ DIAS. José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁴⁶ DIAS. op. cit.

⁴⁷ DIAS. op. cit.

Arts. 18, 19 e 20.

Denomina-se vício no produto ou serviço quando ele deixa de apresentar, ou não apresenta da forma correta as a quantidade ou qualidade que se aguarda após leitura do manual, contrato, recipiente ou rótulo. O vício está disciplinado no Art.18 e 19 do CDC.

O defeito, por sua vez, só é caracterizado quando o consumidor sofre danos de ordem material ou moral em decorrência do vício do produto ou serviço.

Arts. 12 e 14 da Lei 8.078 de 1990, *in verbis*:

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

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

A ausência da consideração dos elementos subjetivos, atrelada às dificuldades probatórias encontradas através da inversão do ônus da prova, podem, por vezes, acarretar na restrição da ampla defesa, dos direitos do fornecedor. É importante ressaltar que o comentário não se presta a opinar pela exclusão dos elementos que visam equalizar a relação de consumo e sim balizar a sua aplicação a fim de não tornar a defesa do fornecedor uma tarefa inexecutável.

A supressão do elemento subjetivo da culpa na aferição da responsabilidade não escusa o operador do direito da análise dos demais elementos.

O do produto ou do serviço, é elemento primordial para que a reponsabilidade objetiva seja decretada.

Arnldo Wald pontua neste sentido:

Contudo, é importante observar que 'produto defeituoso' é uma noção que depende de valoração. Assim, o dever de segurança para evitar caracterização da defeituosidade deve, necessariamente observar três aspectos distintos: a) Apresentação do produto (...) b) Os riscos razoavelmente esperados(...) e c) época de circularização do produto fabricado⁴⁸

De acordo com o autor, a apresentação do produto refere-se à característica que permite ao consumidor a identificação do risco do produto ou serviço que deseja adquirir ou consumir. É a disponibilização da informação que poderá se dar através de regulamentos, bulas ou publicidade.

Quanto aos “riscos razoavelmente esperados”, podemos concluir que se trata de consideração sobre os riscos oferecidos através da utilização do produto, sendo inegável que todo produto oferece risco de alguma forma.

O último elemento apontado pelo autor é a época de circularização que guarda relação com a questão do dever de segurança. É, portanto, indispensável que o operador do direito avalie o produto no momento de sua produção e o período que este disponível no mercado. Exonera, portanto, o fornecedor de responsabilidade em relação a fato ocorrido em decorrência de sua obsolescência normal.

Após superados os elementos que ensejam a aplicação da responsabilidade objetiva aos fornecedores, cabe-nos salientar uma exceção desta regra. É de conhecimento amplo que a relação aos profissionais liberais é subsumida na Lei nº 8.078/1990 e este é o entendimento das cortes supremas de nosso país, o §4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor prevê que aos profissionais liberais será imposta a responsabilidade subjetiva, neste diapasão, os médicos, por exemplo, não estão sujeitos à apreciação da responsabilidade sem o julgamento da culpa ou do dolo.

O enunciado nº 460 da Quinta Jornada de Direito Civil, em outro âmbito, prevê que a responsabilidade subjetiva prevista no Art. 14 do Código Consumerista, não exclui a possibilidade da aplicação da responsabilidade em hipóteses das quais o dano decorra do fato da coisa a qual o profissional liberal detém guarda.

A responsabilidade subjetiva do profissional da área da saúde, nos termos do art. 951

⁴⁸ WALD. op. cit. p. 178.

do Código Civil e do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, não afasta a sua responsabilidade objetiva pelo fato da coisa da qual tem a guarda, em caso de uso de aparelhos ou instrumentos que, por eventual disfunção, venham a causar danos a pacientes, sem prejuízo do direito regressivo do profissional em relação ao fornecedor do aparelho e sem prejuízo da ação direta do paciente, na condição de consumidor, contra tal fornecedor.⁴⁹

Fica explícito, por conseguinte que ainda que exista a previsão da aplicação da responsabilidade subjetiva aos profissionais liberais não resta impossível que estes sejam responsabilizados objetivamente quando há fato do produto.

Herman Benjamin (2016.p.168) preceitua fato do produto ou serviço e vício do produto ou serviço

Com fundamento na teoria da qualidade (Capítulo V) , a lei de proteção ao consumidor, logo após a disciplina concernente à responsabilidade decorrente dos acidentes de consumo (Arts.12 a 17) , regulamenta os chamados vícios dos produtos ou serviços (Arts.18 e 25). Estabelece, também, a necessidade de qualidade e continuidade dos serviços públicos (Art.22)⁵⁰

A existência ou não de defeito poderá ser detalhadamente analisada por meio da prova pericial. Não raro, entretanto, as ações dessa monta são propostas nos Juizados Especiais Cíveis, em que a prova técnica admitida é mais rudimentar que o rito ordinário, ou seja, muitas vezes em sede de Juizados não é possível esclarecer o ocorrido de forma satisfatória. Nestes casos, o juiz deverá extinguir o processo sem resolução de mérito na esfera do Juizado Cível e recomendar a proposição da ação em sede de rito processual ordinário.

A prova técnica é admissível no Juizado Especial, quando o exame do fato controvertido a exigir. Não assumirá, porém, a forma de uma perícia, nos moldes habituais do Código de Processo Civil. O perito escolhido pelo Juiz será convocado para a audiência, onde prestará as informações solicitadas pelo instrutor da causa (art.35, caput). Se não for possível solucionar a lide à base de simples esclarecimentos do técnico em audiência, a causa deverá ser considerada complexa. O feito será encerrado no âmbito do Juizado Especial, sem julgamento do mérito, e as partes serão remetidas à justiça comum. Isto porque os Juizados Especiais, por mandamento constitucional, são destinados apenas a compor 'causas cíveis de menor complexidade'⁵¹

Neste sentido, segue o acórdão que corrobora o entendimento anteriormente expresso.

PERÍCIA TÉCNICA NO JUIZADO ESPECIAL. CORRETA A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE EXTINGUE O PROCESSO EM RAZÃO DA NECESSIDADE

⁴⁹ Redação do Enunciado nº 459 da **V Jornada de Direito Civil** Enunciados Aprovados. Parte Geral. Responsabilidade Civil. Relatores: Flávio Tartuce e Rafael Peteffi da Silva. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/416>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

⁵⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 7 Ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 168.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3.31 Ed., p. 436.

DE REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA PARA O DESLINDE DA CAUSA.
PRECEDENTE DAS TURMAS RECURSAIS. SENTENÇA MANTIDA.⁵²

4.2 Aplicação dos Excludentes de Responsabilidades

Aos fornecedores, além de pugnar pela ausência dos elementos da responsabilidade civil, cabe ainda a arguição dos excludentes de responsabilidade civil. Tais excludentes esses que quando arguidos e devidamente verificados pelo operador do direito culminam na supressão da responsabilidade.

José Geraldo Brito Filomeno:

Muito embora tenha acolhido os postulados da responsabilidade objetiva, que desconsideram os aspectos subjetivos da conduta do fornecedor, o Código não deixou de estabelecer um elenco de hipóteses que mitigam aquela responsabilidade, denominadas “causas excludentes”.⁵³

A reponsabilidade objetiva desconsidera os elementos subjetivos da conduta do fornecedor, porém, a esse ainda é possível a alegação dos excludentes de responsabilidade previstos no Art.12, §3º do CDC, são eles:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.⁵⁴

Uma vez que o produto ganha as prateleiras, é posto no mercado de forma voluntária pelo fornecedor, esse, com base na teoria do risco, já responde pelos danos que tal produto venha a causar. A discussão sobre os produtos disponibilizados a título de teste ou amostra-grátis já foi a muito superada, e sob essas hipóteses não recaem os excludentes de responsabilidade.

A circunstância de o produto ter sido introduzido no mercado de consumo gratuitamente, a título de donativo para instituições filantrópicas ou com objetivos publicitários, não elide a responsabilidade do fornecedor.⁵⁵

Cotidianamente observamos exemplos que podem facilmente ser subsumidos no inciso

⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Direito do Consumidor. DF- ACJ: 20050110761305 DF. Segunda Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do D.F. Relator: iran de lima, Brasília, 10 abr. 2006. p. 80.

⁵³ GRINOVER, op, cit., p. 199.

⁵⁴ BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 1990. p. 1.

⁵⁵ GRINOVER, op, cit.

primeiro do supramencionado artigo. O furto de carga, por exemplo, ocorre principalmente nas rodovias do país e está constantemente em evidência nos jornais. Outra hipótese viável que poderia ser enquadrada nessa excludente seriam os produtos falsificados que são comercializados como se verdadeiros fossem e acarretam riscos ao consumidor. Ocorre que, estas excludentes de responsabilidade não só tão facilmente acolhidos pelos julgadores.

Por fim, temos as excludentes que ocorrem tanto para o Art.12 quanto no âmbito do art.14, quando a supressão da responsabilidade imputada ao fornecedor se dá em razão da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Cabe ao fornecedor demonstrar e comprovar a culpa exclusiva de terceiro ou do consumidor em razão da inversão do ônus da prova.

A culpa exclusiva não pode ser confundida com outro instituto semelhante, a culpa concorrente. A culpa concorrente, que também pode ser aplicada nos casos compreendidos pela responsabilidade objetiva, se dá quando tanto o consumidor quanto o fornecedor contribuem para o evento danoso. Esta não exclui a responsabilização, apenas é fator que minimiza o *quantum* indenizatório.

A culpa exclusiva, a seu turno, ocorre quando ou o consumidor ou terceiros dão causa ao dano de forma essencial, sem qualquer intervenção do fornecedor, desaparecendo assim o nexo causal, que é elemento primordial para a caracterização da responsabilidade. Esclarecemos que o código entende como terceiro aquele que não figura entre os partícipes da relação de consumo.

O enunciado nº 459 ⁵⁶da Quinta Jornada de Direito Civil corrobora o entendimento expresso no Art.13, o qual expõe que a conduta do consumidor poderá figurar como atenuante do nexo de causalidade.

No mesmo sentido dispõe o acórdão do recurso especial nº 1.354.369-RJ, no qual o Ministro relator extingue a responsabilidade da transportadora frente à culpa exclusiva do consumidor que deixou de comparecer no momento indicado ao local previamente contratado a fim de embarcar no meio de transporte.

EMENTA RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. USUÁRIO

⁵⁶ “Art.945, A conduta da vítima pode ser fator atenuante do nexo de causalidade na responsabilidade civil objetiva”. Redação do Enunciado nº 459 da **V Jornada de Direito Civil**. Enunciados Aprovados.Parte Geral. Responsabilidade Civil. Relatores: Flávio Tartuce e Rafael Peteffi da Silva

DEIXADO EM PARADA OBRIGATÓRIA. CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR. 1. A responsabilidade decorrente do contrato de transporte é objetiva, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição da República e dos arts. 14 e 22 do Código de Defesa do Consumidor, sendo atribuído ao transportador o dever reparatório quando demonstrado o nexo causal entre o defeito do serviço e o acidente de consumo, do qual somente é passível de isenção quando houver culpa exclusiva do consumidor ou uma das causas excludentes de responsabilidade genéricas (arts. 734 e 735 do Código Civil). 2. Deflui do contrato de transporte uma obrigação de resultado que incumbe ao transportador levar o transportado incólume ao seu destino (art. 730 do CC), sendo certo que a cláusula de incolumidade se refere à garantia de que a concessionária de transporte irá empreender todos os esforços possíveis no sentido de isentar o consumidor de perigo e de dano à sua integridade física, mantendo-o em segurança durante todo o trajeto, até a chegada ao destino final. 3. Ademais, ao lado do dever principal de transladar os passageiros e suas bagagens até o local de destino com cuidado, exatidão e presteza, há o transportador que observar os deveres secundários de cumprir o itinerário ajustado e o horário marcado, sob pena de responsabilização pelo atraso ou pela mudança de trajeto. 4. Assim, a mera partida do coletivo sem a presença do viajante não pode ser equiparada automaticamente à falha na prestação do serviço, decorrente da quebra da cláusula de incolumidade, devendo ser analisadas pelas instâncias ordinárias as circunstâncias fáticas que envolveram o evento, tais como, quanto tempo o coletivo permaneceu na parada; se ele partiu antes do tempo previsto ou não; qual o tempo de atraso do passageiro; e se houve por parte do motorista a chamada dos viajantes para embarque de forma inequívoca. 5. O dever de o consumidor cooperar para a normal execução do contrato de transporte é essencial, impondo-se-lhe, entre outras Documentação: 44466871 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 3 de 11 Superior Tribunal de Justiça responsabilidades, que também esteja atento às diretivas do motorista em relação ao tempo de parada para descanso, de modo a não prejudicar os demais passageiros (art. 738 do CC). 6. Recurso especial provido.⁵⁷

O Ministro Cesar Asfor Rocha, no julgamento do Recurso especial nº 2001/0117494, adotou uma postura interessante eis que frente à caracterização da culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, afastou a responsabilidade objetiva do fornecedor. O referido é de suma importância para a discussão promovida por este trabalho, visto que a fim de confirmar o equilíbrio das relações de consumo o relator afastou a responsabilidade objetiva, concedendo ao fornecedor a possibilidade de defesa levando em consideração o elemento subjetivo.

EMENTA CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA DO CONSUMIDOR E DE TERCEIRO. A responsabilidade objetiva prevista no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor é afastada quando provada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Recurso não conhecido.⁵⁸

⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade Civil.. Recurso Especial nº 1354369 RJ 2012 /0225873-0. Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Rio de Janeiro, 25 mai. 2015. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/191269221/recurso-especial-resp-1354369-rj-2012-0225873-0>>. Acesso em 19 nov. 2017.

⁵⁸BRASIL. 4ª turma do stj . recurso especial nº365.008/mg. Recurso especial nº2001/0117494, rel min cesar asfor

Há, entretanto, corrente que pugna por adotar apenas a culpa exclusiva como excludente da responsabilidade. Argumentam que a responsabilidade do fabricante subsistiria frente à confluência de culpas.

Importa ainda destacar que existem doutrinadores que defendem que o comerciante não pode ser considerado como terceiro para fins do aludido inciso III, os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, discordam dessa posição argumentando a distinção entre a responsabilidade subsidiária prevista do art. 13⁵⁹ do CDC e a responsabilidade principal do Art.12⁶⁰ do CDC.

O comerciante, portanto, poderá ser responsabilizado de duas maneiras: subsumido ao inciso III do Art. 12, quando for configurada excludente de responsabilização por culpa exclusiva do próprio comerciante, atuando assim como terceiro e subsidiariamente quando o fornecedor ou o produto não puderem ser identificados, conforme o Art.13.

Como exemplo da primeira modalidade pode-se imaginar o caso de um comerciante, que visando obter maior vantagem econômica, altera a composição do produto recebido por ele em perfeitas condições a fim de que renda maiores porções. E para ilustrar a segunda modalidade de responsabilização ressaltamos os casos em que devido à inobservância das cautelas necessárias á acomodação dos produtos nos supermercados, ocorre o perecimento

rocha. 25/06/2002

⁵⁹ "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;
- II - o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;
- III - não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Parágrafo único. Aquele que efetivar o pagamento ao prejudicado poderá exercer o direito de regresso contra os demais responsáveis, segundo sua participação na causação do evento danoso."

⁶⁰ "Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro."

premature do produto.

Cumpra esclarecer que ao indicar a culpa exclusiva de terceiro o fornecedor deverá além de comprovar a culpa, evidenciar o nexo causal que ligará a ação de terceiro ao evento danoso.

Outra categoria que pode ser enquadrada neste inciso e, por conseguinte, arguida em defesa do fornecedor é a exclusão da responsabilidade pelo fato do príncipe. Fato do príncipe é o termo utilizado para designar uma ação do poder público que, neste recorte, poderá impactar em danos ao consumidor, culminando na exclusão da responsabilidade do fornecedor por fato de terceiro.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino exemplifica a atuação do fato do príncipe como excludente de responsabilidade através da passagem:

Uma modalidade de fato do príncipe ocorre na hipótese de o defeito ser decorrente do cumprimento de normas imperativas estabelecidas pela autoridade pública. O Estado, por intermédio de seus órgãos competentes, intervém em determinado ramo de atividade e estabelece, mediante normas imperativas, o modo de produção de um bem ou determinado serviço.⁶¹

Caso o estabelecido pelo Estado culmine em defeito no produto ou serviço, a responsabilidade do fornecedor será extinta.

Muito embora não tenhamos de forma positivada a necessidade de nenhum requisito em específico para a configuração do fato do príncipe, é válido traçar paralelo com o direito estrangeiro, mais especificamente, o Europeu, que estipula três requisitos para sua configuração, são eles: a relação de causalidade entre o defeito e o rigoroso cumprimento das normas imperativas; o caráter cogente da norma e a existência da norma fixada pela autoridade pública. Apesar da lacuna no ordenamento pátrio, é prudente observar os preceitos impostos pelo ordenamento europeu a fim de caracterizar a exclusão da responsabilidade pelo fato do príncipe.

4.3 Imposição de Multa Administrativa pelo PROCON

De forma genérica o procedimento administrativo operado pelos órgãos de proteção ao consumidor funciona da seguinte forma: Após o consumidor procurar o órgão e preencher

⁶¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. 2 Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 324.

formulário através de meio físico ou virtual há a instauração da etapa preliminar com a emissão da Carta de Informações Preliminares – CIP, na qual resta transcrita a narrativa do consumidor e o pedido de esclarecimentos.

O fornecedor terá o prazo de dez dias para formular manifestação com intuito de responder os questionamentos da CIP. Na seguinte etapa poderá ou não ser designada audiência para composição. Caso ocorra a composição, a CIP é encerrada após a comprovação do cumprimento.

Na hipótese de os questionamentos quedarem injustificados, o PROCON analisará a questão juridicamente, e caso entenda necessário instaurará o auto de infração lavrando decisão administrativa.

É corriqueiro que danos de valores irrisórios se transmutem em multas de valores exorbitantes, beirando os milhões. Ao analisarmos a diferença entre o dano causado e a multa imputada não é possível deixar de reparar na desproporcionalidade que ocorre na maioria das vezes.

Os valores elevados sustentam-se sob o argumento do caráter pedagógico da multa administrativa, que visa além de ressarcir o suposto dano causado, coibir a reiteração da conduta, possuindo, por conseguinte duas vertentes, a preventiva e a punitiva.

Muito embora a dosimetria da penalidade leve em consideração os últimos balanços colacionados pelo fornecedor, resta evidente que qualquer atividade econômica que seja alvejada com algumas condenações milionárias por ano não tenha fôlego para dar continuidade às suas atividades com qualidade.

Com o intuito de ilustrar a situação narrada lançamos luz sobre a ação anulatória de nº 1020482-94.2017.8.26.0053⁶² a qual visa anular multa proferida pelo PROCON/SP.

Na ação a empresa autora, detentora do sítio eletrônico de e-commerce especializado em varejo on-line, estabelece como Prazo de Entrega, por ocasião da venda de seus produtos, o período padrão de oito dias úteis. Porém, caso o consumidor optasse pela entrega agendada,

⁶² BRASIL.Tribunal De Justiça Do Estado De São Paulo. Ação Anulatória. Processo nº 1020482-94.2017.8.26.0053, da 16ª Vara da Fazenda Pública (Foro Central). Juíza: Maria Fernanda de Toledo Rodvalho. 11 mai. 2017.

esse Prazo de Entrega passa a ser definido como “Primeira data de agendamento disponível a partir de trinta dias úteis”.

Esta Prática foi pelo PROCON considerada abusiva por infringir o artigo 39, “Caput”, da Lei Federal nº 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – por estabelecer, nas compras com entrega agendada, prazo abusivo, muito maior que as compras sem prazo agendado.

Pela conduta indicada, a autora restou sujeita à sanção prevista de multa na quantia de R\$ 4.036.437,69, desproporcional quando comparada ao montante do dano causado. Na ação anulatória a autora requer a nulidade do auto de infração que a condenou.

Dessa forma, alguns fornecedores, após o esgotamento das esferas administrativas, provocam o judiciário com ações anulatórias concernentes às multas atribuídas pelos órgãos de defesa do consumidor. A jurisprudência, entretanto, não tem se mostrado favorável aos argumentos apresentados, tendo, por muitas vezes julgado pela manutenção da multa desproporcional e lesiva à atividade econômica.

Essa posição não está em confluência com o princípio norteador das relações de consumo, pois onera demais a iniciativa privada e sequer suporta a justificativa de compensar um dano igualmente amplo. A discrepância pode levar, no caso de pequenas empresas, ao encerramento de suas atividades o que definitivamente não está de acordo com o intuito pedagógico eis que finda a atividade econômica.

5 CONCLUSÃO

Primeiramente cumpre esclarecer que este trabalho não tem a pretensão de esgotar os questionamentos, análise e ponderações sobre o tema escolhido, porém ambiciona tecer uma análise dos institutos advindos do direito do consumidor e daqueles atribuídos aos consumidores através do estudo jurisprudencial e doutrinário. Nesse sentido, foram escolhidos alguns pontos que merecem uma análise pormenorizada tendo como princípio norteador a harmonização das relações de consumo.

O dever de agir com boa-fé objetiva e sua cogência não foram tratados nem pelo CDC de forma expressa como obrigação dos consumidores, entretanto, esta prerrogativa mostra-se imprescindível não só para a disciplina das relações de consumo no âmbito contratual como

no processual.

A boa-fé contém ligação estreita com a teoria do abuso de direito, ela visa limitar a possibilidade de sua ocorrência. Sem sua aplicação não seria possível crer em princípios como autonomia da vontade, pois o elemento que poderia gerar a intenção de pactuar poderia estar eivado de vício. Uma das vedações mais interessantes que o princípio da boa-fé impõe é a do *venire contra factum proprium*, que veda o comportamento contraditório que culmine na quebra da confiança.

Os desdobramentos mais relevantes para o Direito do consumidor são a atenção ao erro crasso e o respeito aos princípios do Processo Civil. A questão do erro crasso frente à jurisprudência, conforme foi demonstrado, ainda não se encontra pacificada, o respeito aos princípios da boa-fé no âmbito processual, a despeito de sua difícil comprovação, já é uma tese mais aceita a título de matéria a ser adimplida pela defesa do fornecedor e dá ensejo à condenação por litigância de má-fé.

O dever de informação, positivado no CDC, e reiterado diversas vezes ao longo de seus artigos, tornar-se-ia inócuo caso ao consumidor não fosse atribuído o dever de observância da informação apresentada pelo fornecedor no âmbito contratual. Esta obrigação “reflexa” a um direito solidifica-se quando atrelado ao princípio da harmonização, visto que gera uma visão mais equânime da relação de consumo.

No capítulo referente aos desafios encontrados pela defesa do fornecedor, abordamos os fatores artificiais criados pelo CDC para suprimir a vantagem do fornecedor e seus impactos nos direitos fundamentais de ampla defesa.

Para sua aplicação de forma a não macular as prerrogativas dos fornecedores é necessário que o operador do direito esteja atento aos requisitos e aos impactos que a cumulação destas trará à manifestação pela defesa do fornecedor, fomentando o estremecimento do equilíbrio preconizado às relações de consumo. A fim de promover a relação mais equânime é necessário a promoção da conscientização coletiva quanto às obrigações do consumidor e as prerrogativas do fornecedor.

Nesse sentido, ressalta-se que o trabalho objetivou advertir a comunidade jurídica como um todo para as prerrogativas de defesa do fornecedor e os deveres do consumidor ainda não

positivados em nosso ordenamento. Com o intuito de tornar as relações de consumo mais equânimes, o trabalho buscou expor as hipóteses nas quais em busca da paridade, o CDC acaba lesionando as prerrogativas de defesa do fornecedor e ressaltou decisões vanguardistas que tutelam esta zona cinzenta do ordenamento pátrio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**, 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

AZEVEDO, Fernando Costa de. **A cláusula geral de proibição de vantagem excessiva: norma fundamental de correção do abuso nas relações de consumo**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 26, n. 109, p. 207-233, jan./fev. 2017.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 7 Ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 560 p.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2012. 641 p.

DIAS, Douglas da Silva. **A Inversão do Ônus da Prova do Consumidor e as Garantias do Contraditório e da Ampla Defesa**. 2014. 20 f. Artigo Científico (Pós Graduação em Direito) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro. 2014.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 12. Ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O direito das relações de consumo e o critério legal de definição da relação entre fornecedor e consumidor.** Revista de Direito Privado, São Paulo v. 1, n. 4, p. 206-227, out./dez. 2000.

GREGORI, Maria Stella. **A Responsabilidade das empresas nas relações de consumo.** Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, V. 16, n 62, p. 162-171, abr./jun. 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 11. Ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MARTINS, Flávio Alves. **A boa-fé objetiva e sua formalização no direito das obrigações brasileiros.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código de Defesa do Consumidor e a defesa do Fornecedor.** 2 Ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. 392 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 66.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o nexos de causalidade. In: Revista Jurídica. Porto Alegre: Notadez, n° 296, jun., 2002

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. V. 3. 31 Ed.

WALD, Arnoldo; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. V. 7.
3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 391 p.

XAVIER, Rafael Alencar. Direitos do Fornecedor: equilíbrio na relação de consumo.

Fortaleza: **Decon** – Programa Estadual de Proteção e Defesa Do Consumidor, s.d. Disponível em: < <http://www.decon.ce.gov.br/artigos/>>. Acessado em 10.11.2017.

Legislação Consultada:

BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei nº 10.406 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan 2002. p. 1.

BRASIL. Código de defesa do consumidor. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 dez. 1990. p. 1.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. P. 1.